This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Laws
Codes

Bd. Sept. 1909.

HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 10

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Germany. Laws, statutes, etc. Codes, Commercial

Kommentar

zum

Allgemeinen Deutschen

Handelsgesetzbuch

Von

Hermann Staub.

Ausgabe für Österreich

bearbeitet von

Dr. Oskar Pisko.

Zweite Auflage der österreichischen Ausgabe.

Erster Band.

3295 F C

Wien, 1908.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

Das Recht der Übersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

SEP 10 190

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Digitized by Google

Vorrede zur ersten Auflage.

Mein Streben war, einen Kommentar zu liefern, der wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig zugleich sei. Ob ich dieses Ziel annähernd erreicht habe, mag der freundliche Leser nachsichtig beurteilen. Ich kann nur wünschen, daß die auf das Werk verwendete, einer angestrengten Berufstätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des HGB. nicht verloren sein möchte.

Berlin, im Jänner 1893.

Staub.

Vorrede zur ersten Auflage der Ausgabe für Österreich.

Eine Pause von mehreren Jahrzehnten war verstrichen, als mit dem fast gleichzeitigen Erscheinen der Systeme von v. Canstein und Pollitzer und der von Pitreich besorgten Neuausgabe von Blaschkes Erläuterungen zum HGB. den österreichischen Juristen wieder eine zusammenhängende Darstellung des Handelsrechtes gebracht wurde. Daß durch diese Werke das Bedürfnis des österreichischen Juristenstandes nach einem umfangreichen Kommentar zum HGB. nicht vollständig befriedigt wurde, zeigt die große Verbreitung, welche Staubs Kommentar bald nach dem Erscheinen der ersten Auflage allseits in Österreich gefunden hat.

Die Handhabung dieses Werkes, in der Praxis zu erleichtern, ist der Zweck der vorliegenden Arbeit. Er sollte durch Heranziehung des österreichischen Zivilrechtes, insbesondere des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, der Prozeßgesetze und der Gewerbeordnung sowie der österreichischen Judikatur und Literatur erreicht werden. Nur dort, wo die Heranziehung neuen Rechtsstoffes Änderungen notwendig machte, wurden am Originale, als welches Staubs 5. Auflage und teilweise auch die das neue deutsche HGB. darstellende 6. Auflage diente, solche vorgenommen. In allen anderen Fällen wurden Staubs Darstellungen in die vorliegende österreichische Ausgabe unverändert hinübergenommen, und zwar auch dann, wenn eine von Staub ausgesprochene Rechtsansicht mit der konstanten Praxis österreichischer Gerichte im Widerspruche steht; es wurde in diesen Fällen lediglich die Divergenz hervorgehoben. Dort, wo ich einen Gesetzestext neu zu bearbeiten hatte, der dem Staubschen Kommentar nicht zu Grunde lag, wie z. B. die das Aktienrecht regelnden Artikel des HGB., suchte ich die von Staub an anderen Stellen entwickelten Rechtsgrundsätze nach Möglichkeit weiter fortzubilden; ich hoffte hierdurch eine Störung des einheitlichen Charakters des Werkes zu vermeiden. Die Grenzen der mir zugewiesenen Arbeit glaubte ich nicht über

Digitized by Google

Gebühr zu überschreiten, wenn ich einzelne Bestimmungen des ABGB., auf die bei der Erläuterung des Textes des HGB. Bezug genommen wurde, etwas ausführlicher erörterte, insbesondere unter Verwertung der Ergebnisse, welche in letzter Zeit wertvolle Monographien über einzelne Fragen unseres Zivilrechtes in Verbindung mit dem gerade in der jüngsten Zeit eingehend betriebenen Studium der Quellen unseres einheimischen Rechtes zu Tage gefördert haben. Die Judikatur, soweit dieselbe die Entscheidung grundsätzlicher Fragen zum Gegenstande hat, suchte ich möglichst vollständig zu berücksichtigen. Auch die Heranziehung einzelner Erkenntnisse der Gewerbegerichte, die die Entscheidungen handelsrechtlicher Fragen und solcher Fragen des Dienstvertrages zum Gegenstande haben, die in den Bestimmungen des ABGB. ihre Beantwortung finden, glaubte ich rechtfertigen zu können.

Meine Literaturangaben dienen hauptsächlich zum Belege für die in diesem Werke vertretenen Ansichten und die dort erwähnten Gegenmeinungen. Nur in dem durch diesen Zweck gebotenen Umfange habe ich Staubs Literaturangaben durch Anführung der Werke österreichischer Schriftsteller und Arbeiten, die österreichisches Recht zum Gegenstande haben oder besonders berücksichtigen, ergänzt. Für die von mir nicht beabsichtigte Vollständigkeit der Literaturangaben, auf die ich schon deshalb verzichten mußte, um den Umfang des Werkes nicht allzusehr zu vergrößern, suchte ich durch Verweisungen auf in anderen allgemein zugänglichen und allgemein benützten Werken enthaltene Literaturnachweise einen teilweisen Ersatz zu schaffen. Leider konnte ich nur die in deutscher Sprache erschienene Literatur berücksichtigen, wodurch mir sicherlich viel wertvolles Material entgangen ist. Daß mir auch von jenem Teile der Literatur, den ich berücksichtigen wollte und sollte, manches entgangen ist, muß ich im voraus zugeben; die fast unüberwindliche Schwierigkeit in der Auffindung und Beschaffung literarischer Hilfsmittel, gegen die ich während des größten Teiles meiner Arbeitszeit anzukämpfen hatte, wird vielleicht manche Unterlassung in diesem Punkte entschuldbar erscheinen lassen.

Herr Justizrat Dr. Staub hat die Revision der fertig gestellten Korrekturbogen besorgt; manche in letztem Augenblick erfolgte Berücksichtigung der neuesten Judikatur und Literatur des Deutschen Reiches ist seiner freundlichen Anregung zu danken.

Für die Überlassung seines Werkes zur vorliegenden Bearbeitung sei Herrn Justizrat Dr. Staub auch an dieser Stelle der wärmste Dank ausgesprochen.

Schwechat, im März 1904.

Dr. Pisko.

Digitized by Google

Vorrede zur zweiten Auflage der Ausgabe für Österreich.

Kurze Zeit nach dem vollständigen Erscheinen der ersten Auflage der vorliegenden Bearbeitung ist dem rastlos schaffenden Schöpfer des Originalwerkes die Feder entsunken. Der emsigen, aufopferungsvollen Arbeit dreier deutscher Gelehrten ist es zu danken, daß Wissenschaft und Praxis im Deutschen Reiche auch für die Zukunft die Früchte der zehnjährigen Arbeit genießen können, die der verewigte Meister an die Erläuterung des deutschen HGB. gewendet hat. Die von Könige, Stranz und Pinner besorgte achte Auflage des Staubschen Kommentars zum Handelsgesetzbuch weist die großen bekannten Vorzüge der Staubschen Kommentierungsmethode auch in den verschiedenen inhaltlichen Abweichungen und zahlreichen Ergänzungen auf, die durch Änderung in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nötig geworden sind. Die vorliegende Auflage konnte sich an diese Ausgabe nicht in der gleichen Weise inhaltlich anlehnen wie die erste Auflage dieser Bearbeitung an die früheren von Staub selbst besorgten Ausgaben seines Kommentars. Die achte Auflage von Staubs Kommentar war indes nicht ohne Einfluß auf die vorliegende Arbeit, sie gab den Anstoß zur Behandlung einer Reihe von Fragen, die in der vorigen Auflage unerörtert geblieben sind und bei deren Behandlung ich vielfach zu einem inhaltlich gleichen Ergebnisse kommen mußte wie die oben genannten geschätzten Herausgeber. In den Fällen, in denen ich auf Grund eines gleichen Quellenmateriales eine andere Ansicht vertreten zu müssen glaubte, habe ich auf eine abweichende, in der achten Auflage von Staubs Kommentar vertretene Meinung hingewiesen. Hiebei sei zum Verständnis des oft wiederkehrenden Zitates „Staub⁸“ — wenn durch dieses die Quelle für eine der achten Auflage entnommene Ansicht mitgeteilt oder auf eine abweichende Meinung hingewiesen wurde — bemerkt, daß Justizrat Dr. Stranz das erste Buch, Justizrat Pinner das zweite Buch (Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft), Reichsgerichtsrat Könige das dritte Buch (Handelsgeschäfte) bearbeitet hat. Einigen von den genannten Autoren vorgenommenen Änderungen in der Verteilung des Stoffes zwischen Text und Anmerkungen, habe ich mich angeschlossen. Durch diese Änderungen erscheint die Übersichtlichkeit der Darstellung gefördert.

Ergänzungen und Abweichungen gegenüber der vorigen Auflage erscheinen einmal durch einige Änderungen in der Gesetzgebung veranlaßt. In Betracht kommt hier hauptsächlich: die letzte Gewerbenovelle, das Terminhandelsgesetz, das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung und das Scheckgesetz.

Digitized by Google

Auf die Bestimmungen dieser Gesetze wird an den zuständigen Stellen überall hingewiesen. Der Erläuterung der zivilrechtlichen Bestimmungen des Terminhandelsgesetzes ist ein „Exkurs" gewidmet.

Die österreichische Judikatur, die in Handelssachen in den letzten fünf Jahren ziemlich reichhaltig erflossen ist, habe ich getrachtet, vollständig zu verwerten. Das Gleiche gilt von der Judikatur des Deutschen Reichsgerichtes, soweit sie den Text des heute noch in Österreich geltenden HGB. zum Gegenstande hatte. Die zum neuen deutschen HGB. erflossenen reichsgerichtlichen Entscheidungen wurden jedoch nur dann verwertet, wenn es unzweifelhaft war, daß materiell keine Änderung in der gesetzlichen Regelung der entschiedenen Frage eingetreten war. Ähnliche Grundsätze wurden auch bei der Verwertung der in Seufferts Archiv mitgeteilten Entscheidungen der deutschen Oberlandesgerichte beobachtet. Allerdings wurden hier nur jene Entscheidungen herangezogen, die Rechtssätze von erheblicher und allgemeinerer Bedeutung zum Ausdrucke bringen.

In der Literaturbenützung habe ich an dem in der ersten Auflage beobachteten Grundsatze festgehalten. Zu Randas Handelsrecht, das so zahlreiche, wertvolle Anregungen, Aufklärungen und Belehrungen bietet, ist überall eingehend Stellung genommen. Die neuere handelsrechtliche Literatur des Deutschen Reiches konnte nur in geringem Umfange verwertet werden; sie behandelt ja naturgemäß vorwiegend den geänderten Text des deutschen HGB. Aus diesem Grunde wurden auch vielfach von den Gesamtdarstellungen des deutschen Handelsrechtes in erster Linie die älteren Auflagen herangezogen, die noch die Darstellung des heute in Österreich geltenden HGB. zum Gegenstande haben.

An dem in der ersten Auflage durchgeführten Prinzipe, an Staubs Ansichten überall dort festzuhalten, wo nicht die Heranziehung neuen Rechtsstoffes eine Änderung notwendig gemacht hat, kann nicht mehr unbedingt festgehalten werden; dies hieße auf die Verwertung der Fortschritte verzichten, die die Rechtswissenschaft seit dem Erscheinen der letzten von Staub selbst besorgten Auflage — also während eines Zeitraumes von nahezu zehn Jahren — gemacht hat. Dies wäre gewiß nicht im Sinne Staubs gelegen, der niemals gegenüber überzeugenden Argumenten der Wissenschaft und Rechtsprechung ein starres Festhalten an einer einmal ausgesprochenen Ansicht bekundet hat. Trotzdem hiernach meine bescheidenen Ausführungen einen weiteren Umfang erreichen als in der vorigen Auflage, glaube ich doch, daß auch in dieser der Charakter des Werkes erhalten bleibt.

Wien, im November 1908.

Dr. Pisko.

Digitized by Google

Erklärung der Abkürzungen.

AdlCl. = Sammlung der Entscheidungen zum HGB., von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens, fortgesetzt von Dr. Josef Friedlaender.

K. Adler = Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes. 1894.

Allfeld = 2. Aufl. von Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum HGB. besorgt von Philipp Allfeld. (Nur bis Art 65 gediehen, wird nicht fortgesetzt.)

AmtlS. = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von diesem Gerichtshofe. (Fortsetzung der Nowakschen Sammlung.)

AmtlS. (wenn das Wort „Gewerbegericht" vorsteht) = Sammlung von Entscheidungen der k. k. Gewerbegerichte, herausgegeben vom k. k. Justizministerium.

Anschütz und Völderndorff = Kommentar zum Allgem. Deutschen HGB., von Dr. August Anschütz und Dr. O. Freih. von Völderndorff. 1874.

ARég. = Aktienregulativ.

Behrend = Lehrbuch des Handelsrechtes. 1. Band. 1868—1896.

Blaschke-Pitreich = Blaschkes Erläuterungen des HGB. Neu bearbeitet von Dr. A. Pitreich. 1896.

Bolze = Die Praxis des Reichsgerichtes in Zivilsachen von A. Bolze. (Eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichtes.)

Budwinski = Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes.

Burchard = Das Recht der Spedition von Dr. Johannes Leopold Burchard. Stuttgart 1894.

Busch, Archiv = Archiv für Theorie und Praxis des Allgem. Deutschen Handels- und Wechselrechtes.

Canstein = Dr. R. v. Cansteins Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes. Berlin 1895.

Cosack = Lehrbuch des Handelsrechtes von Konrad Cosack. 3. Aufl. 1895. 6., auf Grund des neuen deutschen HG. umgearbeitete Aufl. 1903. (Die Zitate beziehen sich im Zweifel auf die 3. Aufl.)

DHGB. = Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Denkschrift = Entwurf eines HGB. nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift. Berlin. Karl Heymanns Verlag. 1897.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

Dniestrzanski = Das Wesen des Werklieferungsvertrages nach österreichischem Rechte. 1898.

Ehrlich = Die stillschweigende Willenserklärung, von Dr. E. Ehrlich. 1893.

EisbBetrRgl. = Eisenbahnbetriebsreglement vom 10. Dezember 1892, RGB. Nr. 207.

Endemann = Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—1885.

Enquete = Stenographische Protokolle über die Enquete betreffend die Reform des börsemäßigen Terminhandels, 3 Bände.

Esser = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert von Robert Esser II. 5. Aufl. 1891.

Förtsch = Kommentar zum Allgem. Deutschen HGB. von E. S. Puchelt. 4. Aufl. Bearbeitet von R. Förtsch, Reichsgerichtsrat.

Franckel = Die Bestimmungen des österreichischen Rechtes gegen unehrbaren Wettbewerb. 1884.

Frankl = Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte. 1891.

Gareis-Fuchsberger = Das Allgem. Deutsche HGB. Herausgegeben von Dr. Karl Gareis und Otto Fuchsberger. 1891.

GH. = Gerichtshalle.

GlU. = Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes. Begonnen und herausgegeben von J. Unger und J. Glaser, J. v. Walter, fortgesetzt von L. Pfaff, v. Schey, Krupsky.

GlUNF. = Die neue Folge der obigen Sammlung (Jahrgang 1900 ff.).

GmbHG. = Das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906, RGBl. 58

Goldschmidt, Handbuch = Handbuch des Handelsrechtes von Dr. L. Goldschmidt. 2. Aufl. Erster Band 1874. Zweiter Band 1883 (unvollständig).

Goldschmidt, System = System des Handelsrechtes. Im Grundriß von L. Goldschmidt.

Gorski = Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. 1888.

GZ. = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.

GZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt usw.

Digitized by Google

Hahn = Kommentar zum Allgem. Deutschen HGB. von Dr. Friedrich v. Hahn. (Erster Band, 3. Aufl. 1879. Zweiter Band, 2. Aufl. 1883.) Die 4. Aufl. ist bis Art. 172 gediehen und soweit berücksichtigt. Sie erscheint nicht weiter.

Hasenöhrl = Das österreichische Obligationenrecht.

Heilinger = Österr. Gewerberecht, von Dr. Alois Heilinger. Band I—III. 1895. Nachtrag 1897. (in diesem Bande konnte nur die erste Auflage berücksichtigt werden).

Hergenhahn = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert von Th. Hergenhahn. 1891.

Holdheim = Wochenschrift, später Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, seit 1897 Monatsschrift für Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. Paul Holdheim.

Horten, JurN. = Die Jurisdiktionsnorm und ihr Einführungsgesetz. Ein Kommentar v. Dr. H. Horten.

Horten, ZPO., auch Horten, Zivilpr. = Österreichische Zivilprozeßordnung, erläutert von Dr. Heinrich Horten.

JMVBl. = Justizministerial-Verordnungsblatt.

JBl. = Juristische Blätter.

JurBrtjschr. = Juristische Vierteljahresschrift (Prag).

JW. oder JW. = Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltsvereines. Berlin W. Moesers Verlag.

Katz, Strafrechtliche Bestimmungen = Die strafrechtlichen Bestimmungen des HGB. Mit Kommentar und Anmerkungen von Dr. Edwin Katz. 1885.

Kayser = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterung von Dr. Paul Kayser. 2. Aufl. 1891.

Keyßner = Allgem. Deutsches HGB. Erläutert und herausgegeben von Hugo Keyßner. 1870.

KassHE. = Entscheidungen des Obersten Gerichts als Kassationshofes.

Klein, Vorlesungen = Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses. 1900.

Kleinwächter = Zur Frage der Reform des österr. Aktienrechtes, von Hofrat Dr. Freih. Kleinwächter (Czernowitz 1899, Separatabdruck aus JBl. 1899).

Krainz-Ehrenzweig = System des allgem. österreichischen Privatrechtes von Dr. Josef Krainz, aus dessen Nachlasse herausgegeben und redigiert von Dr. L. Pfaff, 4. Aufl. Besorgt von Dr. Armin Ehrenzweig.

Kulisch = System des österreichischen Gewerberechtes. 1. Band 1905.

Landauer = Das österr. Aktienrecht, systematisch dargestellt. 1900.

Lehmann, I, II = Das Recht der Aktiengesellschaften, von Karl Lehmann.

Lehmann, Lehrb., auch Lehmann, HR. = Lehrbuch des Handelsrechtes von Karl Lehmann.

Lehmann-Ring = Komm. zum HGB. für das Deutsche Reich.

Leipziger Z. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

Links = Die Rechtsprechung des k. k. Obersten Gerichtshofes, von Dr. Emil Links. Wien.

Löwenfeld = Das Recht der Aktiengesellschaften. 1879.

M. = Entwurf eines HGB. für die preußischen Staaten. Zweiter Teil. Motive. Berlin 1859.

Makower = Das Allgem. Deutsche HGB. Mit Kommentar herausgegeben von H. Makower. (Die Zitate beziehen sich in Zweifel auf die 11. Auflage.)

Mat. = Die Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen, herausgegeben vom Justizministerium.

Mataja = Grundriß des Gewerberechtes und der Arbeiterversicherung 1899.

B. Mayer = Das sogenannte Publizitätsprinzip im österreichischen Handelsrechte, W. Z. 32.

F. Mayer = Mäkler und Agenten nach österreichischem Rechte, von Dr. Felix Mayer. 1899. (Sep. Abdr. aus der GZ.)

Mot. zum AktGes. von 1884 = Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen. (Berlin, Karl Heymanns Verlag. 1883.)

Nemethy, Formularien — Die Formularien des Verfahrens außer Streitsachen. In praktischer Anwendung und mit Materialien ausgestattet (2. Auflage).

Neukamp = Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften m. b. H. von Ernst Neukamp.

Neumann = Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen vom 1. August 1895.

Neumann, Komm. zur EO. = Kommentar zur Exekutionsordnung.

Nothnagel = Das österreichische Aktienregulativ, von Dr. Walter Nothnagel in GZ. 50, S. 111—164.

NotZ. = Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Nowak = Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen. Wien, Manz.

Obertribunal = Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage. Berlin.

OGH. = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes.

Ofner = Die Ur-Entwurf- und die Beratungsprotokolle des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben von Dr. Julius Ofner. 2 Bände. 1899.

P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgem. Deutschen HGB. Herausgegeben von J. Lutz. 9 Teile. 1858—1863.

Digitized by Google

Perl und Breschner = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichtes. Herausgegeben von den Rechtsanwälten Perl und Breschner. Berlin, Verlag von Siemenroth und Troschel (früher Siemenrot und Worms).

PersStG. = Personalsteuergesetz vom 25. Oktober 1896, RGBl. 220.

Petersen und Pechmann = Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert durch Dr. Julius Petersen und Wilhelm Freih. von Pechmann. 1890.

Pfaff-Hofmann = Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Pfersche = Das gewerbliche Arbeitsverhältnis nach österreichischem Rechte 1892.

Pinner = Das deutsche Aktienrecht von Albert Pinner.

R. Pollak, Konkursrecht = Das Konkursrecht, von Dr. Rudolf Pollak. 1897.

R. Pollak, Zivilpr. = System des österr. Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes.

R. Pollak, Zwangsverwaltung = Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen, von Dr. Rudolf Pollak. 1899. (Sep. Abdr. aus der Juristischen Vierteljahresschrift.)

Pollitzer = Das österreichische Handelsrecht.

Pollitzer, Immobiliarverkehr = Das Verhalten des Allgem. Deutschen HGB. zum Immobiliarverkehr. 1885.

Puchelt oder Puchelt-Förtsch = Kommentar zum Allgem. Deutschen HGB., von E. S. Puchelt. 4. Aufl. Bearbeitet vom Reichsgerichtsrat Förtsch. 1894 (siehe Förtsch).

Randa = Das österreichische Handelsrecht mit Einschluß des Genossenschaftsrechtes (2 Bände).

Randa, Besitz = Der Besitz nach österreichischem Rechte, von Dr. Anton Randa.

Randa, Eigentum = Das Eigentumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Wertpapiere des Handelsrechtes.

Rehm = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung usw. nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht.

Reisch und Kreibig = Bilanz und Steuer. Grundriß der kaufmännischen Buchführung unter besonderer Würdigung ihrer wirtschaftlichen und juristischen Bedeutung, von Dr. Richard Reisch und Dr. Josef Klemens Kreibig. 1. Band (2. Aufl. 1907) 2. Band 1900.

Renaud = Das Recht der Aktiengesellschaften, von Achilles Renaud. 1. Aufl. 1863. 2. Aufl. 1875. (Die Zitate beziehen sich im Zweifel auf die 1. Aufl.)

RG. = Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen. Veit & Komp.

RG. in Strafsachen — Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen. Veit & Komp.

Ring = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert von Viktor Ring. 2. Aufl.

ROHG. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes.

RZ. = Österreichische Richterzeitung.

Saxl = Über den Umfang der derogatorischen Wirkung des HG. gegenüber dem allgemeinen Zivilrechte von Dr. Ignaz Saxl, im Zentralblatte für die juristische Praxis 1891. S. 128—146.

Schauer = Ausgaben der Zivilprozeßordnung, Exekutionsordnung, der Gerichtsorganisations-Gesetze samt Geschäftsordnung, von Dr. Hugo Schauer.

Schultze-Görlitz = Die Führung des Handels- und Musterregisters. 1893.

Seuff A. = Seufferts Archiv.

Simon, Bilanzen = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, von Dr. Hermann Veit Simon. 2. Aufl. 1898.

Skedl = Das österreichische Zivilprozeßrecht, von Dr. Artur Skedl. 1. Band 1900.

Slg. = Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- als Kassationshofes, veröffentlicht im Auftrage des k. k. Obersten Gerichtshofes, von der Redaktion der Österreichischen Gerichtszeitung.

Staub, 8. Aufl. = Staubs Kommentar zum HGB., 8. Aufl., bearbeitet von Könige, Strang, Pinner.

Steg. = Stegemann, Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichtes zu Leipzig. Berlin, J. Guttentag.

Str. Arch. = Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals. Berlin. J. Guttentag.

Thöl = Das Handelsrecht, von Dr. Heinrich Thöl. 6. Aufl.

Tilsch = Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht, 2. Aufl. 1901.

Völderndorff = Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert von Dr. Otto Freih. v. Völderndorff.

Weishut = Der Effektenumsatz und die Börsengeschäfte, sowie deren Besteuerung (1898).

Willenbücher = Das Allgem. Deutsche HGB. mit Ausschluß des Seerechts. Für die Praxis erläutert von Willenbücher. 1891.

WZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Hofrat Professor Dr. C. S. Grünhut (auch genannt Wiener Zeitschrift).

ZBl. = Zentralblatt für die juristische Praxis. Herausgegeben von Dr. Leo Geller.

Digitized by Google

Inhalt des ersten Bandes.

Seite

Vorbemerkung 1
Allgemeine Bestimmungen. Art. 1—3 3

Erstes Buch. Vom Handelsstande.

Erster Titel. Von Kaufleuten. Art. 4—11 15
Zweiter Titel. Von dem Handelsregister. Art. 12—14 56
Dritter Titel. Von den Handelsfirmen. Ar. 15—27 70
Vierter Titel. Von den Handelsbüchern. Art. 28—40 128
Fünfter Titel. Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten. Art. 41—56 . 163
Sechster Titel. Von den Handlungsgehilfen. Art. 57—65 208
Siebenter Titel. Von den Handlungsmäklern oder Sensalen. Art. 66—84c . . . 261
Erster Zusatz zum ersten Buche. Von den Privathandelsmäklern 282
Zweiter Zusatz zum ersten Buche. Von den Agenten 295

Zweites Buch. Von den Handelsgesellschaften.

Erster Titel. Von der offenen Handelsgesellschaft.

Erster Abschnitt. Von der Errichtung der Gesellschaft. Art. 85—89 306
Zweiter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander. Art. 90—109 324
Dritter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu dritten Personen. Art. 110—122 361
Vierter Abschnitt. Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben. Art. 123—132 405
Fünfter Abschnitt. Von der Liquidation der Gesellschaft. Art. 133—145 442
Sechster Abschnitt. Von der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter. Art. 146—149 475

Zweiter Titel. Von der Kommanditgesellschaft.

Erster Abschnitt. Von der Kommanditgesellschaft im allgemeinen. Art. 150—172 . 483
Zweiter Abschnitt. Von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere. Art. 173—206 524

Digitized by Google

Dritter Titel. Von der Aktiengesellschaft.

Seite

Erster Abschnitt. Allgemeine Grundsätze. Art. 207—215 572
Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnis der Aktionäre. Art. 216—226 680
Dritter Abschnitt. Rechte und Pflichten des Vorstandes. Art. 227—241 765
Vierter Abschnitt. Auflösung der Gesellschaft. Art. 242—248 846
Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen. Art. 249 905
Zusatz zum zweiten Buche. Aktienrechtliche Strafbestimmungen 906

Drittes Buch. Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Erster Titel. Von der stillen Gesellschaft. Art. 250—265 907
Zweiter Titel. Von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Art. 266—270 944

Digitized by Google

Zusätze und Berichtigungen zum ersten Bande.

S. 9, Zeile 20 von oben: richtig „fortgesetzte“ statt „festgesetzte“.
S. 12, in § 11c), zweiter Absatz, haben die Worte von: „dagegen ist das handelsrechtliche“ bis zum Schlusse dieses Absatzes zu entfallen.
S. 13, vierte Zeile des zweiten Absatzes der Erläuterung zu Art. 3: richtig „auch“ statt „erst“.
S. 19, vierte Zeile des § 3: richtig „eigener“ statt „einer“.
S. 45, drittletzte Zeile des § 6: richtig „Unternehmens“ statt „Unternehmers“.
S. 63, Zeile 22 von unten: richtig „§ 4 zu Art. 115“ statt „§ 9 zu Art. 115“.
S. 66, siebente Zeile des § 12: richtig „Eintragung“ statt „Einbringung“.
S. 72, drittletzte Zeile des § 5: richtig „Handelsgeschäften“ statt „Handelsgesellschaften“.
S. 74, dritte Zeile in § 1: richtig „Handelsgeschäften“ statt „Handelsgesellschaften“.
S. 77, Zeile 8 von unten des § 5: richtig „für alle“ statt „von allen“.
S. 408, der lit. b des § 4 ist hinzuzufügen: „Der Zwangsausgleich ist unzulässig, wenn eine der in § 208 KO., lit. b—d und f angeführten Tatsachen auch nur in der Person eines Gesellschafters eintritt. Das Erfordernis der gehörigen Buchführung (§ 208 KO., lit. f) kann aber nur auf das gesellschaftliche Geschäft, und das Erfordernis des § 208, lit. a, nur auf die Gesellschaftsfirma bezogen werden (vergl. Frankl, S. 67, 68).
S. 417, Zeile 13 im zweiten Absatze der Einleitung: richtig „Krainz-Ehrenzweig § 129“ statt „Ehrenzweig § 129“.
S. 643, vierte Zeile des § 4: richtig „GZ.“ (Goldschmidts Z.) statt „GZ.“.

Digitized by Google

Vorbemerkung.

Zur Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches.

1. Am 18. Dez. 1856 wurde auf Antrag Bayerns vom Deutschen Bundestage beschlossen, eine Konferenz zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches anzuregen. Die auf Grund dieser Einladung einberufene „Nürnberger Kommission" stellte in jahrelanger Arbeit (1857 bis 1861) den Entwurf eines Handelsgesetzbuches fertig und der Bundestag empfahl denselben den deutschen Staaten zur freiwilligen Annahme, eine eigene Gesetzgebungsgewalt ging ihm ab. Diese Empfehlung fiel auf fruchtbarem Boden, indem die allermeisten Staaten den Entwurf unverändert oder mit geringen Änderungen als Landesgesetz in ihren Gebieten einführten. In Preußen geschah dies 1861. Damit war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch zu stande gekommen. Nur Luxemburg, Schaumburg-Lippe und daß Preußische Jahdegebiet haben das HGB. als Landesgesetz nicht eingeführt.

   Es erfolgte sodann die Erhebung des HGB. zum Bundes- und Reichsgesetz: 1. für den Norddeutschen Bund durch Bundesgesetz vom 5. Juni 1869; für das Deutsche Reich außer Bayern durch Reichsgesetz vom 16. Apr. 1871, für Bayern durch Reichsgesetz vom 22. Apr. 1871, für die Reichslande durch Reichsgesetz vom 19. Juni 1872, für Helgoland durch Verordnung vom 22. März 1891.

2. In Österreich ist das HGB. (mit Ausschluß des Seerechtes) als „Allgemeines Handelsgesetzbuch" durch das „Gesetz vom 17. Dezember 1862, RGBl. Nr. 1 für 1863, zur Einführung eines Handelsgesetzbuches" eingeführt worden. Auch in den österreichisch-ungarischen Konsulargerichtsbezirken gilt das HGB. (§ 16 der V. vom 31. März 1855, RGBl. Nr. 58, AblCl. 1864; vergl. Strisower, Österreichisches Staatswörterbuch, 2. Aufl. (Art. Konsulargerichtsbarkeit), III, S. 93 ff., und zwar nicht bloß für österreichische, sondern auch für ungarische Staatsangehörige und Schutzgenossen (Gesetze vom 31. Aug. 1891, RGBl. Nr. 136, und ungar. Gesetzartikel XXXI, 1891; Strisower a. a. O.; Ulbrich, Staatsrecht, S. 250).

   Das V. Buch des HGB., „Vom Seehandel", wurde in Österreich nicht publiziert, obwohl das Seerecht von der österreichischen Theorie als zum Handelsrechte gehörend gerechnet wurde (Pfaff-Hofmann, S. 92).

   Als Privatrechtsseenormen gelten in Österreich: I. Für Dalmatien: das editto politico di navigazione vom 25. Apr. 1774 (neu aufgelegt im Jahre 1804, abgedruckt in den von den Seebehörden in Triest und Fiume herausgegebenen „Sammlungen der Gesetze und Verordnungen, betreffend den See- und Hafendienst", II, S. 39 f. bis 2191, III, S. 687 ff. und in dem Handbuche „Das Österr. Recht", II, S. 1095 ff.) und das II. vom Seerechte handelnde Buch des codice di commercio, eingeführt

Digitized by Google

von Napoleon durch das Kais. Dekr. vom 15. Apr. 1811 (publiziert im osservatore Triestino 1811, Nr. 44—50); § 2, EG. zum HGB. hat bloß das erste Buch des codice di commercio außer Wirksamkeit gesetzt. II. Für Triest und das Küstenland wurde durch die Hofdekrete vom 20. Sept. 1814, JGS. Nr. 1106, und 4. Mai 1816, JGS. Nr. 1240 (I, 7 d) der von Napoleon eingeführte codice di commercio aufgehoben und das editto politico di navigazione wieder eingeführt. Jedoch gilt in Triest und im Küstenlande das II. Buch des codice di commercio als Gewohnheitsrecht (AdlCl. 1489, 1737, 1941, GlU. 1212). Wo der codice di commercio versagt, gilt ebenfalls als Gewohnheitsrecht die ordonnance pour le marine aus dem Jahre 1681.[1])

In letzter Linie ist auch für das Seerecht das ABGB. maßgebend (GlU. 1212). Eine kurze systematische Darstellung des österr. Privatseerechtes findet sich bei Schreckenthal a. a. O., S. 76 ff. Über die verschiedenen Versuche einer Kodifikation des österr. Privatseerechtes siehe Keßlitz, Das Privatseerecht in Österreich-Ungarn (Erster Jahresbericht über die neue Wiener Handelsakademie 1906) S. 27 ff.

Das HGB. ist in Österreich nicht in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben. Schon das Einführungsgesetz zu demselben hat einige Bestimmungen des HGB. teils abgeändert, teils ergänzt (siehe hierüber an zuständiger Stelle). Das Einführungsgesetz selbst hat im Laufe der Zeiten einige Veränderungen erfahren; so haben die §§ 7 und 9 durch die KaisV. vom 11. Juli 1898, RGBl. Nr. 124, eine neue Fassung erhalten, die Bestimmungen der §§ 38 ff. über die Handelsgerichtsbarkeit sind teils durch die Jurisdiktionsnorm, teils durch das Gewerbegerichtsgesetz abgeändert worden. An die Stelle des 7. Titels zum I. Buche des HGB. ist das Gesetz vom 4. Apr. 1875, RGBl. Nr. 68, getreten u. a. m.

3. Die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Handelsrechtes mit dem Deutschen Reiche besteht derzeit nicht mehr. Dortselbst ist jetzt das HGB. vom 10. Mai 1897 in Kraft. Dasselbe ist in vier Bücher geteilt und enthält 905 Paragraphe; das IV. Buch, enthaltend die §§ 474 bis 905, regelt den „Seehandel".

[1]) Die im Texte mitgeteilte Übersicht der Quellen des österreichischen Privatseerechtes ist der Abhandlung R. Pollaks „Die Beweisführung gegen Frachtführer und Schiffer" (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 32, S. 258) entnommen. Vgl. auch Schreckenthal, Das österreichische öffentliche und Privatseerecht (1906) S. 4 und R. Pollak, GZ. 1906 Nr. 41 (Anzeige der im Texte erwähnten Abhandlung von Keßlitz).

Digitized by Google

Allgemeine Bestimmungen.

Artikel 1.

In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermanglung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.

Einleitung.

Der erste Artikel des Gesetzbuches trifft Bestimmungen über die **Rechtsnormen für Handelssachen**, indem er die für dieselben maßgebenden Rechtsquellen und die Rangordnung derselben bezeichnet.

Die Erläuterung dieses Artikels hat sich zuzuwenden: einmal dem Begriffe der Handelssachen, sodann den einzelnen Rechtsquellen.

§ 1.

1. **Der Begriff der Handelssachen.** Er ist vom Gesetze mit Absicht nicht definiert (P. 5058 ff.). Die Wissenschaft aber kann einer Definition nicht entraten. Sie wird gewöhnlich dahin gegeben: daß unter Handelssache die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehres (Behrend, § 15) oder jene Rechtsverhältnisse, die sich auf Kaufleute und Handelsunternehmungen beziehen (Randa, I, S. 3), oder die durch den Handel begründeten Rechtsverhältnisse des Privatrechtes zu verstehen sind (Makower). Sie ist aber in diesen Fassungen nicht korrekt, in der letzteren nicht, weil auch öffentlichrechtliche Verhältnisse in Frage kommen (z. B. Handelsmakler; Gründungsbestimmungen bei Aktienvereinen), in allen erwähnten Fassungen nicht, weil schon die Frage, ob ein dem Handel angehöriges Sachverhältnis geeignet ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen, den Normen des Handelsrechtes unterstellt ist. Richtig definiert ist die Handelssache: jeder dem Handel angehörende Tatbestand, sofern seine rechtliche Erheblichkeit in Betracht kommt.[1])

Den naheliegenden Einwurf der Unbestimmtheit würde man gegen diese Begriffsbestimmung mit Unrecht erheben; sie ist in demselben Maße bestimmt und unbestimmt, in welchem es der Begriff Handel ist, der einen notwendigen Bestandteil der Begriffsbestimmung bildet. Der Handel aber ist nach der zutreffenden Definition Goldschmidts (Handbuch, § 40): „diejenige Erwerbstätigkeit, welche sich der Besorgung des Güter- und Warenumlaufes widmet, somit die wirtschaftlichen produzierenden und konsumierenden Privatunternehmungen durch Vermittlung ihrer Leistungen verknüpft". Dem Handel wesentlich ist die Erwerbs- oder Gewinnabsicht,

[1]) Ähnlich Hahn § 2: „die dem Handel angehörenden rechtlichen Tatbestände". Was bedeutet aber ein rechtlicher Tatbestand? Zu enge Canstein § 1: „Tatbestände, die der Handel erzeugt und das Handelsrecht besondere Normen aufstellt". Es gibt Handelssachen, für welche weder das HGB. noch das Handelsgewohnheitsrecht Normen enthält, z. B. die Verlagsgeschäfte.

Digitized by Google

genannt Spekulation, doch ist dies das Kriterium jeder Erwerbstätigkeit; die Gewinnerzielung durch Vermittlung scheidet den Handel von allen anderen Erwerbstätigkeiten (Goldschmidt ebd.). Daß die Gewerbsmäßigkeit dem Handel nicht wesentlich ist, steht jetzt fest (Behrend a. a. O.; Endemann, Handbuch, § 1 a. E.; Goldschmidt, § 40, Note 18).

Ist hienach Handelssache jeder dem Handel angehörende Tatbestand, so gehören dazu sicherlich alle diejenigen Tatbestände, welche das HGB. regelt, weil aus dieser Regelung evident hervorgeht, daß der Gesetzgeber sie als Handelssache betrachtet; nicht aber ist umgekehrt ein Tatbestand keine Handelssache, weil das HGB. ihn nicht regelt. Vielmehr ist auch jeder andere Tatbestand Handelssache, der das Erfordernis der Zugehörigkeit zum Handel aufweist. So kann z. B. die Miete von beweglichen Sachen, der Verwahrungsvertrag Handelssache sein (Leihbibliotheken, Bankdepositalverkehr). Auch mag zur Verdeutlichung noch hervorgehoben werden, daß der Begriff Handelssache viel weiter ist als der der Handelsgeschäfte. Z. B. sind die amtlichen Geschäfte der Handelsmakler nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 272, Nr. 4) keine Handelsgeschäfte, wohl aber nach den obigen Handelssachen, ebenso die Forderungen des Prinzipals gegen seinen Kommis aus einer Unterschlagung (ROHG. 6, S. 197).

Was hienach im Einzelfalle als Handelssache zu betrachten ist, hat der Richter von Fall zu Fall zu entscheiden. Das Gesetz hat nicht bloß die Definition, sondern auch jede Exemplifikation mit Absicht vermieden. Manche Gesetze haben gewisse Rechtsstreitigkeiten für Handelssachen erklärt. Hierin liegt, insoweit jene Angelegenheiten nicht schon ihrer Natur nach Handelssachen sind, eine Erweiterung dieses Begriffes, sofern das betreffende Gesetz nicht bloß die Kompetenz regelt, sondern das betreffende Rechtsverhältnis wirklich als Handelssache erklärt, wie z. B. § 39 EG. zum HGB. (Schreiber, Lohnvertrag, S. 18).

Eine selbständige, bloß prozessuale und mit diesem Artikel in keiner Beziehung stehende Bedeutung haben endlich diejenigen Vorschriften anderer Gesetze, welche Rechtsstreitigkeiten der Handelsgerichtsbarkeit zuweisen, ohne die denselben zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse als Handelssachen zu erklären (z. B. § 51, Z. 3, 4 und 5 JN., § 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, Art. XXIII und XXV des EG. zur ZPO.).

§ 2. 2. **Die einzelnen Rechtsquellen nach ihrer Rangordnung.**[2]) Dabei ist vorweg zu bemerken, daß diese Rangordnung nur da Platz greift, wo überhaupt das einheimische Recht in Frage kommt. Ist nach Lage des Falles ausländisches Recht maßgebend, so ist das ausländische Gewohnheitsrecht auch im Widerspruch mit dem HGB. anzuwenden (ROHG. 7, S. 7).

Anlangend aber das einheimische Recht, so gilt folgende Rangordnung:

§ 3. a) **In erster Linie kommt das Handelsgesetzbuch zur Anwendung,** und zwar nicht bloß seine ausdrücklichen Vorschriften, sondern auch alle diejenigen Rechtssätze, die durch Auslegung gewonnen werden, denn mit dem Gesetze sind alle logischen Konsequenzen zum Gesetze erhoben — und endlich auch diejenigen, die sich durch analoge

[2]) Eine andere Rangordnung für das HGB. und das örtliche Gewohnheitsrecht gilt im osmanischen Reiche bei Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit über österreichische Untertanen und Schutzgenossen (§ 8 der KaiserlV. vom 29. Jän. 1855, RGBl. Nr. 23, und § 14 der V. vom 31. März 1855, RGBl. Nr. 58).

Digitized by Google

Anwendung des Gesetzes ergeben — denn das HGB. ist zwar ein Sonderrecht für die eigenartigen Verhältnisse des Handelsverkehres, aber kein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Konsequenz und daher nicht bloß strikter Auslegung fähig (Goldschmidt, Handbuch, S. 370 ff.; Behrend, § 17, Anm. 4; ROHG. 11, S. 417; Randa, I, S. 24).

b) **In zweiter Linie kommen die Handelsgebräuche zur Anwendung.** Obwohl der Begriff der Handelsgebräuche bei den Beratungen über diesen Artikel nicht zur Klarheit durchgedrungen ist, so herrscht doch jetzt in der Praxis und Wissenschaft darüber Einigkeit, daß unter den Handelsgebräuchen in diesem Artikel die Rechtssätze des Gewohnheitsrechtes[3]) zu verstehen sind (für die Praxis vergl. ROHG. 6, S. 370; 8, S. 256; 16, S. 215; RG. 23, S. 100; für die Wissenschaft, Hahn, § 12; Allfeld, S. 12; Goldschmidt, Handbuch, I, §§ 35, 36; Laband in GZ. 17, S. 446 ff.; Randa, S. 27; Behrend, § 18, Anm. 1). Die Handelsgebräuche in diesem Sinne stellen ein vom Handelsgesetzbuche anerkanntes subsidiäres objektives Recht dar. Aus diesem ihren Wesen ergibt sich die Lösung der entstehenden Streitfragen. § 4.

a) **Ihre Geltung beruht auf der Anerkennung durch das HGB.** Deshalb gelten sie auch da, wo das bürgerliche Recht das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ausschließt. Da nun weder das HGB. noch das ABGB. Vorschriften über die Geltungsbestimmungen eines Gewohnheitsrechtes enthalten, so kommen diejenigen Grundsätze zur Anwendung, welche sich nach allgemeinen Erwägungen aus dem Begriffe des Gewohnheitsrechtes ergeben (§ 7 ABGB.), so daß, wie Goldschmidt, § 36 sagt, „die freie wissenschaftliche Theorie des gemeinen Rechtes maßgebend ist, welche überall dem verständigen Ermessen des Richters den freiesten Spielraum läßt". (Vergl. auch Hahn, § 12, sowie Pfaff-Hofmann, S. 220 ff.) Über diese Erfordernisse vergl. Goldschmidt a. a. O.; Behrend, § 18; Allfeld, S. 14; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 165 ff. Im allgemeinen ist die in der faktischen Übung zum Ausdrucke gelangte allgemeine Überzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes erforderlich, also nicht die Überzeugung allein ohne die entsprechende Übung (ROHG. 9, S. 23; RG. 20, S. 304), aber auch nicht die Übung ohne die erkennbare opinio necessitatis, und beides — Überzeugung und Übung — müssen allgemein sein, das heißt nicht gerade ausnahmslos, aber nicht bloß vereinzelt oder durch zahlreiche entgegengesetzte Erscheinungen paralysiert.[4]) § 5.

β) **Die Handelsgebräuche sind subsidiäres Recht.** Sie stehen daher dem HGB. nach, und zwar in seinem ganzen Umfange (vergl. z. B. RG. 30, S. 79: ein die Auslegungsregel des Art. 278 außer Kraft setzendes Gewohnheitsrecht kann sich nicht bilden), also insbesondere auch, soweit dispositive Vorschriften desselben in Frage stehen (ROHG. 11, S. 243, vergl. auch Bolze 8, Nr. 2). Soweit dieser Umfang reicht, sind einmal die zur Zeit der Emanation des Gesetz- § 6.

[3]) Beispiele eines Handelsgewohnheitsrechtes siehe in AblCl. 1737; AmtlS. 364.

[4]) Auch territoriale Allgemeinheit wird nicht erfordert, auch Ortsgebräuche sollen vielmehr gelten (P. 13; Allfeld S. 15). Vergl. auch § 16 der V. vom 31. März 1855, RGBl. Nr. 58.

Digitized by Google

buches bestehenden Handelsgebräuche aufgehoben (Str. Arch. 60, S. 244), und es kann sich ferner insoweit kein neues entgegenstehendes Gewohnheitsrecht bilden (nicht contra, sondern nur praeter legem). (Randa, I, S. 2 f.; RG. 23, S. 100; Bolze 8, Nr. 2; vergl. RG. in Strafsachen 17, S. 301.) Andrerseits kommen die Handelsgebräuche in allen den Fragen zur Anwendung, für welche aus dem HGB., sei es direkt oder durch Auslegung oder durch Analogie nichts zu entnehmen ist. Sie sind nicht etwa subsidiär in dem Sinne, daß alle diejenigen Materien, welche das HGB. regelt, dem Gewohnheitsrechte verschlossen wären. Es können daher z. B. die Begriffsmerkmale eines Rechtsgeschäftes, über welches das HGB. Rechtsregeln aufstellt, ohne es zu definieren, aus dem Handelsgewohnheitsrechte entnommen werden. (ROHG. 11, S. 408, Fall der kaufmännischen Bürgschaft.)

§ 7. γ) **Die Handelsgebräuche sind endlich objektives Recht.** Sie unterliegen daher den allgemeinen Regeln für die Anwendung objektiven Rechtes. Darum muß der Richter einen ihm bekannten Handelsgebrauch anwenden, auch wenn die Parteien sich nicht auf ihn beziehen (a. M. AblEl. 842), und darf umgekehrt einen Handelsgebrauch nicht um deshalb als vorhanden annehmen, weil die Parteien über sein Vorhandensein einig sind. Zwar kann er der Partei, welche sich auf ihn beruft, den Beweis auferlegen, doch ist er an keine Erkenntnisquelle gebunden (§ 271 ZPO.). Übrigens sind mit Rücksicht auf § 182 ZPO. auch bloße Handelsgebräuche von Amts wegen zu berücksichtigen (Skedl, S. 13).

Eine wichtige Erkenntnisquelle für das Handelsgewohnheitsrecht, allerdings auch für die Handelsgebräuche, bilden die nach § 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1868, RGBl. Nr. 85, von den Handelskammern auszustellenden Gutachten und Zeugnisse, deren Bedeutung der Richter selbstverständlich nach freiem Ermessen zu würdigen hat (Blaschke-Pitreich, S. 21). Die unrichtige Anwendung eines Handelsgewohnheitsrechtes bildet den Revisionsgrund des § 503, Z. 4 ZPO.; vergl. unten bei § 9, P. 3.

Daß Handelsgebräuche objektives Recht sind, ist auch das, was sie von den Usancen, faktischen Handelsgebräuchen, der Geschäfts- und Handelssitte unterscheidet, deren Art. 279 Erwähnung tut und welche nur als Mittel zur Auslegung von Willenserklärungen in Betracht kommen.

§ 8. **Zwischen** den Handelsgebräuchen im Sinne des Art. 1 und den Usancen im Sinne des Art. 279, **den eigentlichen und uneigentlichen Handelsgebräuchen ergeben sich hieraus folgende einzelne Unterschiede:**[5])

Erstens. Dem eigentlichen Handelsgebrauche ist die Partei unterworfen wie jeder objektiven Rechtsnorm, ohne besonderen Unterwerfungswillen (ROHG. 7, S. 11; RG. 14, S. 111, 114); die Handelssitte dagegen kann gegen sie nur angewendet

[5]) Der Unterschied zwischen eigentlichen und uneigentlichen Handelsgebräuchen entspricht der auf dem Gebiete des allgemeinen österreichischen Zivilrechtes üblichen Unterscheidung zwischen „Gewohnheitsrecht“ und „gemeinen Gewohnheiten“. Nur die Rechtsgültigkeit des ersteren, nicht die Berücksichtigung der letzteren ist durch § 10 ABGB. ausgeschlossen. (Pfaff-Hofmann S. 249; vergl. § 2 zu Art. 279.)

Digitized by Google

werden, wenn sie sich ihr unterworfen hat, ihr Inhalt gilt, weil er gewollt ist (ROHG. 6, S. 78; 11, S. 243). Gehört dazu auch nicht gerade eine ausdrückliche Erklärung, auch nicht gerade notwendig die Bekanntschaft mit der betreffenden Handelssitte (ROHG. 13, S. 370), so muß doch, da ihre bindende Kraft lediglich auf dem Unterwerfungswillen der Partei beruht, dieser erweislich sein (vergl. Regelsberger bei Endemann II, S. 392). Randa I, S. 31, lehrt unter Hinweis auf §§ 872 ff. ABGB., daß Unkenntnis der Handelssitte dann außer Betracht bleibt, wenn die andere Partei mit Grund annehmen konnte, daß dem Kontrahenten der betreffende Gebrauch bekannt sei; dies widerspricht aber dem auch von Randa anerkannten Grundsatze der herrschenden Lehre, daß die Handelssitte nur auf Grund der Unterwerfung der Parteien gilt. Beispiele: Regelmäßige Börsebesucher unterwerfen sich durch den Geschäftsabschluß an der Börse den Börsenusancen (unten § 10). Bei dem in Kenntnis eines bestimmten Handelsgebrauches geschlossenen Frachtvertrage gilt der betreffende Handelsgebrauch dem Vertrage zu Grunde gelegt (AdlEl. 1535). Die Kontrahenten eines Frachtvertrages unterwerfen sich bei Abschluß desselben stillschweigend der Binnenschiffahrtsordnung, die ein Privatverein, bestehend aus Vertretern der betreffenden wirtschaftlichen Gruppe, für die betreffende Wasserstraße aufgestellt hat (AdlEl. 2086).

Zweitens. Sind die Bedingungen ihrer Anwendbarkeit gegeben, so geht die Handelssitte wie jede Parteidisposition den dispositiven Vorschriften des Gesetzes vor, während die eigentlichen Handelsgebräuche, als nur subsidiäre objektive Rechtsnormen, den dispositiven Vorschriften des geschriebenen Gesetzes nachstehen (vergl. § 6).[6]) So kann sich z. B. ein eigentlicher Handelsgebrauch dahin, daß der Beamte einer Aktiengesellschaft eine über den Umfang des Art. 234 HGB. hinausgehende Vollmacht habe, oder daß der Handelsmakler vermutete Vollmacht zur Geldempfangnahme hat, nicht bilden, weil dies der wenn auch dispositiven Vorschrift des Art. 67, Abs. 2 widersprechen würde, wohl aber kann sich eine Handelssitte dieses Inhaltes bilden (ROHG. 11, S. 243). Ein anderes Beispiel dieser Art siehe in AdlEl. 1657. § 9.

Drittens. Im Prozesse sind eigentliche Handelsgebräuche als Rechtssatzungen, uneigentliche Handelsgebräuche als Erfahrungssätze anzusehen (R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung, S. 5; Zivilprozeß, S. 405). Schon daraus ergibt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Usancen von Amts wegen (Pollak a. a. O., S 10) und die Zulässigkeit des Vorbringens von Usancen in zweiter Instanz, weil Erfahrungssätze keine Tatsachen sind und auf letztere allein sich das Neuerungsverbot bezieht (Pollak, S. 15). Dagegen kann Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung, S. 15, Zivilprozeß, S. 532) nicht beigepflichtet werden, wenn er den Revisionsgrund des § 503, Z. 4, auch auf die Anwendung unrichtig festgestellter Usancen beziehen will. Uneigentliche Handelsgebräuche sind eben weder Tatsachen noch Rechtssätze. So wenig daher das nur von

[6]) Auch die Börsenusancen sind nur soweit rechtswirksam, als sie nicht zwingenden Bestimmungen entgegenstehen (vergl. Enquete III. S. 542).

Digitized by Google

ersteren handelnde Novenverbot auf sie bezogen werden kann, so wenig kann der von Rechtssätzen sprechende Revisionsgrund des § 503, Z. 4 ZPO. auf sie angewendet werden.[7])

§ 10. Wohl das wichtigste Beispiel für diese Lehre sind die **Börsenusancen.** Sie sind nicht Handelsgewohnheitsrecht, sondern Handelssitte (ROHG. 8, S. 257; Gorski, Enquete II, S. 520), was schon daraus hervorgeht, daß sie zahlreiche Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthalten. Sie sind bindend, weil von jedem, der an der Börse Geschäfte macht, vernünftigerweise angenommen werden muß, er handle unter den Bedingungen, unter welchen sich alle Geschäfte daselbst erledigen (vergl. ROHG. ebd.).

Cosack, S. 364, und 6. Aufl. § 73, II, leugnet, daß die Usancen Verkehrssitte oder Gewohnheitsrecht seien, sie seien vielmehr gesetztes autonomes Recht. (Ähnlich Pfaff-Hofmann, S. 266 ff.) Cosack meint, das müsse deshalb angenommen werden, weil eine Regel, die im Jahre 1896 in unangefochtener Übung stand, vom 1. Jänner 1897 ab außer Kraft treten und einer anderen Regel weichen soll. Es kann nun nicht bestritten werden, daß die Börsenorgane oft in dieser Weise verfahren. Das so Festgesetzte ist allerdings kein Gewohnheitsrecht, Gewohnheitsrecht ist nur das, was infolge Bewußtseins rechtlicher Notwendigkeit geübt wird, und daß es auch solche Börsenusancen gibt, die sich ohne Festsetzung durch das Börsenorgan bilden und dann erst durch dieses fixiert werden, wird nicht bestritten werden können. Wenn die Börsenorgane aber so vorgehen, wie dies Cosack beschreibt, so sind ihre Festsetzungen zunächst allerdings kein Gewohnheitsrecht, aber sie stellen überhaupt kein Recht dar. Es ist jedenfalls nicht notwendig, hier eine neue Rechtsquelle anzunehmen, deren Existenzmöglichkeit, wenn sie nicht überhaupt nach dem Rechte des ABGB. zu leugnen (vergl. allerdings Pfaff-Hofmann a. a. O.), so doch jedenfalls in höchstem Grade zweifelhaft ist. Denn die betreffenden Rechtsgestaltungen lassen sich in anderer Weise genügend erklären, und zwar wie folgt: Eine solche Festsetzung ist eine Bekanntmachung der Börsenorgane, die dahin geht, daß nach ihrem sachverständigen

---

[7]) Den Ausführungen des Textes über das Verhältnis von Handelsgewohnheitsrecht und Handelsusancen wurde die herrschende Lehre zu Grunde gelegt. Gegen die Richtigkeit und praktische Brauchbarkeit bestehen freilich mannigfache Bedenken. Die herrschende Lehre sieht in der Bestimmung des Art. 1, soweit dieselbe dem künftigen Gewohnheitsrecht derogatorische Wirkung gegenüber dem HGB. abspricht, eine bindende Rechtsnorm. Ist man der Ansicht, daß derartige Bestimmmungen, wie z. B. auch die Bestimmung des § 10 ABGB., weil sie unmögliches aussprechen, wirkungslos seien (vergl. hierüber statt alle Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Arch. für ziv. Praxis 69 S. 282 ff.), so ist man nicht genötigt, die bindende Kraft der Bestimmungen des HGB. widersprechenden Usancen auf einen Unterwerfungswillen der Parteien zurückzuführen, mit dessen Feststellung in der Praxis nicht Ernst gemacht wird und auch nicht gemacht werden kann (vgl. Danz, Laienverstand und Rechtssprechung, Iherings Jahrbuch 38, S. 379 ff.). Die Zurückführung von Rechtswirkungen auf eine „stillschweigende Willenserklärung" läuft auch hier — wie in den meisten anderen Fällen, in denen mit diesem Konstruktionsbehelf operiert wird — auf eine bloße Fiktion hinaus (vergl. Ehrlich S. 286 ff.). Die von der herrschenden Lehre aufgestellten Begriffsmerkmale für das Handelsgewohnheitsrecht und die Handelsusancen geben der Praxis kaum eine Handhabe im konkreten Falle festzustellen, ob ein bestimmter Handelsgebrauch (im weiteren Sinne) als Handelsgewohnheitsrecht oder als Handelsusance anzusehen ist (vergl. Pfersche, Das Problem des Gewohnheitsrechtes S. 14).

Digitized by Google

Ermessen die Einhaltung dieser Börsebedingungen den gegenwärtigen Verhältnissen am meisten entspricht, daß es daher für wünschenswert erachtet wird, wenn die Geschäfte an der Börse möglichst allgemein unter Zugrundelegung derselben geschlossen werden. Ein solcher Ausspruch des leitenden Organes der Börse hat zur Folge, daß er in gewisser Weise respektiert wird, zwar nicht wie gesetztes Recht, aber es muß nun nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, nachdem eine solche Bekanntmachung erlassen ist, von jedem Börsebesucher, der im Rahmen einer organisierten Börse ein Geschäft abschließt, angenommen werden, daß er in Gemäßheit jener Bedingungen handle, wenn er das Gegenteil nicht erklärt. So schafft die Publikation des Börsenorganes nicht eine singuläre Art von gesetztem Recht, vielmehr wird ihr Inhalt zur Auslegung der Rechtsgeschäfte verwendet, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Im Laufe der Zeit entwickelt sich dann aus der Verkehrssitte eine Rechtssitte. Aus der Anschauung, daß es dem kaufmännischen Anstande ziemt, die von den Börsenorganen publizierten Bedingungen gegen sich gelten zu lassen, wenn man das Gegenteil nicht erklärt hat, entwickelt sich nach und nach durch die festgesetzte Übung die Anschauung, daß man jene Bedingungen als lex contractus gegen sich gelten lassen müsse (vergl. Blaschke-Pitreich, S. 275), weil sie von der Börseleitung ordnungsmäßig publiziert sind. Auch wenn diese letztere Anschauung sich gebildet hat, ist der Inhalt der ohne vorherige Übung vom Börsenorgan publizierten Bedingungen nicht Gewohnheitsrecht geworden. Zum Gewohnheitsrechte ist bloß der Satz geworden, daß die publizierten Börsenusancen dem einzelnen Börsegeschäfte als lex contractus zu Grunde zu legen sind. Es liegt hier ein ähnlicher Rechtssatz vor wie derjenige, der besagt, daß jeder, der mit öffentlichen Anstalten (Transport-, Versicherungsanstalten usw.) kontrahiert, sich den ordentlich kundgemachten Reglements derselben unterwirft (vergl. die Bemerkungen bei Art. 279, § 4). Die Anschauung, daß die Börsenusancen auch dort, wo deren verbindliche Wirkung ohne Rücksicht auf die faktische Übung in letzter Linie auf die Tatsache der Publikation zurückzuführen ist, als lex contractus anzusehen sind, erklärt die Möglichkeit, daß die Usancen Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthalten können, führt aber ebenfalls zu dem Ergebnisse, daß sie keinen Bestimmungen des zwingenden Rechtes widersprechen dürfen.

Die Publikation von Börsebedingungen hat hienach entweder eine deklarative oder eine konstitutive Bedeutung. Erstere dann, wenn durch die Publikation festgestellt wird, was als Verkehrssitte tatsächlich geübt wird, letztere dann, wenn die Börseleitung durch die Publikation ihren Wunsch kundgibt, was als Verkehrssitte geübt werden soll.

Für das österreichische Recht könnte die Anschauung, daß die **§10a.** publizierten Börsenusancen objektives, autonomes Recht bilden, in der Bestimmung des § 3 BörsG. eine scheinbare Stütze finden. Dortselbst heißt es: „Die Börseleitung erläßt die Normen zur Regelung des Börseverkehres innerhalb der gesetzlichen Grenzen, bestimmt insbesondere die Börsezeit, besorgt die ökonomischen Angelegenheiten

Digitized by Google

der Börse . . ." Aus dem Gesetzestexte, zumal aus den Worten: „insbesondere die Börsezeit", geht aber schon mit Deutlichkeit hervor, daß an dieser Stelle nicht an materiellrechtliche Bestimmungen, die ja den wesentlichen Inhalt der Börsenusancen bilden, sondern an administrative Vorschriften gedacht wurde. So wird auch in den Motiven zur Regierungsvorlage des Börsegesetzes (Beilage 90 zu den stenogr. Prot. der VIII. Session) bei § 4 Reg. Vorl. (fast wörtlich gleichlautend mit § 3 des Gesetzes) ausgeführt: „Der Börseleitung wird die Erlassung von Normen zur Regelung des Börseverkehres zur Pflicht gemacht. Damit ist nicht eine legislative Tätigkeit, sondern die Einhaltung der Verkehrsordnung im Börseverkehre gemeint . . ." Die Motive sagen weiter, es sollen durch § 3 BörsG. den Börsen jene Funktionen zugewiesen werden, welche sie früher auf Grund des § 68 des Gesetzes vom 11. Juli 1854, RGBl. Nr. 200, ausgeübt haben. Diese Gesetzesstelle lautete: „Die Börsekammer regelt auch die Börseangelegenheiten aus eigener Amtswirksamkeit, insoweit dies ohne Beirrung dieses Gesetzes und der vorgeschriebenen Geschäftsordnung möglich ist." Daß es sich auch hier bloß um Bestimmungen administrativer Natur handelte, geht aus den vorangehenden §§ 66 und 67 mit Deutlichkeit hervor. (Ebenso Geller, Zur Reform der landwirtschaftlichen Börsen, ZBl. 1903, S. 518.) Die oberwähnten Motive führen als Beispiele jener Vorschriften, deren Erlassung sie im § 3 der Börseleitung zuweisen wollen, unter anderem an: „Die Vorschriften über Annahme oder Nichtannahme von gewissen Arten von Effekten, z. B. Stücken von größerem oder kleinerem Betrage, von Stücken, die unbeschrieben, makuliert oder defekt sind." Diese Beispiele gehen strenge genommen freilich über den Kreis jener Vorschriften hinaus, die „die Einhaltung der Verkehrsordnung im Börseverkehre betreffen". Immerhin sind diese beispielsweise angeführten Vorschriften keine solchen, die einen erheblichen Einfluß auf den materiellrechtlichen Inhalt des Geschäftes ausüben.[8]) Daher können diese Beispiele nicht zur Widerlegung der eben ausgesprochenen Ansicht herangezogen werden, sie bieten uns im Gegenteile ein weiteres Erkennungszeichen für den dem Texte des Gesetzes entsprechenden Willen des Gesetzgebers, der Börseleitung ein Recht zur autonomen Festsetzung derartiger materiellrechtlicher Dispositivbestimmungen nicht einzuräumen, wie sie die Börsenusancen in der Statuierung der abstrakten Schadenersatzberechnung zu Gunsten des Verkäufers, der Festsetzung des Inhaltes der Mängelanzeige, der Auflage der Verpflichtung zur Protesterhebung, der Bestimmung über die Girierbarkeit der Schlußscheine u. dgl. enthalten. Derartige Bestimmungen können daher nicht als autonomes Recht, sondern bloß als vertragsmäßige Vereinbarungen im Rahmen der Zulässigkeit solcher gültig sein. Im einzelnen Falle mag allerdings angesichts des nicht klaren Gesetzestextes die Entscheidung der Frage recht schwierig sein, welche Bestimmung der

[8]) Heller (Getreideterminhandel S. 86) teilt zutreffend die Börsenusancen nach ihrem Inhalt in solche, die die Technik des Verkehres, und in solche, die die rechtliche Seite des Verkehres regeln. Nur die ersteren fallen in den Bereich der den Börseleitungen durch § 2 BörsG. gewährten autonomen Rechtssetzung.

Digitized by Google

Usancen bloß als Vertragsvereinbarung und welche als autonome Rechtssetzung anzusehen ist.[9])

§ 8 des Terminhandelsgesetzes schreibt für landwirtschaftliche Börsen Genehmigung der zuständigen Ministerien für die „von der Börseleitung zur Regelung der Geschäftsbedingungen und der Abwicklung der Börsegeschäfte zu erlassenden Vorschriften", sowie eine bestimmte Art der Publikation dieser Vorschriften vor. § 9 dieses Gesetzes berechtigt unter bestimmten Voraussetzungen die zuständigen Ministerien die erteilte Genehmigung mit der Wirkung zurückzuziehen, daß diese Vorschriften in einem bestimmten Zeitpunkte außer Kraft treten. Den angeführten Bestimmungen liegt offenbar die Ansicht des Gesetzgebers zu Grunde, daß die von der Börseleitung kodifizierten Börseusancen objektives autonomes Recht schaffen. Die Ansicht ist, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, eine irrige (vgl. Geller a. a. O., S. 519). Auch die staatlich genehmigten Börseusancen gelten nur als lex contractus, sie sind trotz der staatlichen Genehmigung unwirksam, sofern sie dem zwingenden Rechte widersprechen.

Die §§ 8, 9 des Terminhandelsgesetzes, können nicht etwa als eine authentische Interpretation des Börsegesetzes in der Richtung angesehen werden, daß sie das auf Grund des § 3 BörsG. behauptete Recht der Börseleitung zur autonomen Rechtssetzung anerkennen und nur einschränken; sie bringen lediglich eine unrichtige, für den Ausleger nicht verbindliche Rechtsansicht zum Ausdrucke. Der positive Inhalt der angeführten Bestimmungen erschöpft sich darin, daß Usancen einer landwirtschaftlichen Börse, die nicht von den zuständigen Ministerien genehmigt sind, nicht auf die vorgeschriebene Art kundgemacht sind, oder deren Genehmigung zurückgezogen ist, niemand verbinden.

Zu unterscheiden von den kodifizierten Usancen (Bedingungen) sind die auf Grund des § 2 BörsG. erlassenen **Börsenstatute.** Denselben kommt, soweit sie die im § 2 erwähnten Punkte regeln, der Charakter von objektiven Rechtsnormen zu (Pfaff-Hofmann, S. 269).

Die Frage, ob durch Börseusancen jemand gezwungen werden könne, vor dem **Börsenschiedsgerichte** Recht zu nehmen, ist für das österreichische Recht gegenstandslos, da die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Börsenschiedsgerichtes im Gesetze genau geregelt sind. (§ 6 BörsG., Art. XIV des EG. zur ZPO.) Auch die frühere Streitfrage (vergl. Kornfeld, JBl. 1884, Nr. 13), ob die Parteien mit der Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht sich auch den statutarischen Bestimmungen über das Verfahren vor demselben unterwerfen, ist heute gegenstandslos, da Art. XVII des EG. zur ZPO. ausdrücklich bestimmt, daß das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten, sofern nicht die Art. XVIII bis XXV des Gesetzes hierüber eine Bestimmung treffen, durch das Börsenstatut geregelt wird. In Ansehung eines außerhalb der Börse geschlossenen Geschäftes kann

[9]) Die Usancen für den Handel in Effekten und Waren an der Wiener Börse und die Usancen der Wiener Börse für landwirtschaftliche Produkte sind in der 2. Abteilung des XI. Bandes der Manzschen Gesetzausgabe abgedruckt.

Digitized by Google

in der Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht allein noch keine Unterwerfung unter die Börsenusancen erblickt werden.

§ 11. c) **In letzter Linie kommt in Handelssachen zur Anwendung das allgemeine bürgerliche Recht**[10]), also erst dann, wenn weder das HGB. noch das Handelsgewohnheitsrecht Abweichendes bestimmen (ROHG. 19, S. 304). Das alsdann zur Anwendung kommende bürgerliche Recht wird gebildet durch alle in Österreich geltenden nicht handelsrechtlichen Rechtsnormen, mögen sie auf geschriebenem oder auf Gewohnheitsrechte beruhen (Hahn, § 15). Auch die Prozeßgesetze gehören dazu. Überall ist es gleichgültig, ob die Norm des bürgerlichen Rechtes die neuere Vorschrift ist oder die ältere (vergl. ROHG. 3, S. 2). Es wäre denn, daß das spätere nicht handelsrechtliche Gesetz ausdrücklich handelsrechtliche Bestimmungen aufhebt, wie z. B. das Ratengesetz (vergl. § 10), oder stillschweigend derogiert, indem es zu erkennen gibt, daß es auch für Handelssachen gelten wolle (Saxl, S. 145). So sind durch Art. I der EG. zur ZPO., JN. und EO. alle Bestimmungen des HGB. prozeßrechtlichen Inhaltes aufgehoben worden, sofern sie nicht durch die genannten Gesetze ausdrücklich in Kraft belassen wurden.

Die Subsidiarität hat hier die gleiche Bedeutung wie beim Gewohnheitsrechte (vergl. § 6). Insbesondere ist die Frage nach den Erfordernissen eines Rechtsgeschäftes, für welches das HGB. Rechtsregeln gibt, ohne es zu definieren, mangels eines Handelsgewohnheitsrechtes aus dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen. Nach § 1294 ABGB. ist daher der Begriff der „böslichen Handlungsweise" in Art. 396 und 427 HGB. zu bestimmen (AdlCl. 297, vergl. auch AdlCl. 391); nach § 1324 ABGB. bestimmt sich der frachtrechtliche Begriff der „groben Fahrlässigkeit" in Art. 41 und 44 des Berner Übereinkommens (OGH., HG. 1901, Nr. 9). Nach § 1207 ABGB. ist zu entscheiden, wann eine Gesellschaft, deren Eingehung zwar ein Handelsgeschäft ist, die aber unter keine der im HGB. genannten Gesellschaftsformen fällt, durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird AdlCl. 425). Die Bestimmungen der §§ 1402, 1403, 1406 und 1397 sind für die Haftung des Assignanten oder Indossanten bei einer kaufmännischen Anweisung maßgebend (AdlCl. 474). Nach dem bürgerlichen Rechte sind die Fragen nach den Folgen der gesetz- oder vertragswidrigen Beschaffenheit einer Ware zu entscheiden (ROHG. 7, S. 7). Dagegen ist das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft, sofern es unter Art. 338 HGB. fällt, angesichts der klaren Bestimmung dieses Artikels in allen Punkten als Kauf anzusehen, während nach bürgerlichem Rechte, wie Dniestrzanski, § 4, Note 3 im Widerspruche zur herrschenden Meinung nachgewiesen hat, der Werklieferungsvertrag in manchen Punkten den Regeln über den Lohnvertrag, in manchen Punkten denen über den Kauf folgt (vergl. § 1 zu Art. 338).

Als lehrreiches Beispiel, wie Handelsrecht und bürgerliches Recht bei einem einzelnen Rechtsverhältnis durcheinandergehen, führt Cosack (S. 3) den Fall an, daß der Käufer einer im Handelsverkehre gekauften Ware den Preis mindern will. Ob hier ein Kauf und nicht z. B. Werkverdingung vorliegt, bestimmt das bürgerliche Recht; ob die Ware als

[10]) Saxl, Über den Umfang der derogatorischen Wirkung des HGB. gegenüber dem Zivilrechte, ZB. 1891 S. 129—146.

Digitized by Google

mangelhaft anzusehen ist, das Handelsrecht (Art. 335); ob Preisminderung überhaupt statthaft, das Zivilrecht; in welcher Form und Frist, das Handelsrecht usf.

Artikel 2.

An den Bestimmungen der Deutschen Wechselordnung wird durch dieses Gesetzbuch nichts geändert.

„Wo das HGB. der Wechselordnung erwähnt, ist darunter die in Österreich verkündete allgemeine Wechselordnung zu verstehen" (§ 5, Abs. 2 EG. zum HGB.).

Wenn auch nicht jedes Wechselgeschäft notwendig Handelssache ist (ROHG. 9, S. 238, Anm.), so kann ein Wechselgeschäft doch Handelssache sein. Für diesen Fall wird im vorliegenden Artikel zur Vermeidung von Zweifeln bestimmt, daß die Wechselordnung als lex specialis zu betrachten ist und als solche erst dann zur Anwendung gelangt, wenn das Wechselgeschäft ein Handelsgeschäft ist.

Die Wechselordnung greift aber nur Platz auf den Formalkontrakt, welcher durch die Wechselzeichnung zu stande kommt. Davon gesondert sind die sonstigen Beziehungen zwischen Wechselnehmer und Wechselgeber, die, wenn Handelssache vorliegt, nach den Normen des Handelsrechtes zu beurteilen sind.

Beispiel: Diskontiert ein Kaufmann einen Wechsel, so richtet sich der Diskontsatz und die Frage nach der Einbeziehung der entstehenden Verbindlichkeiten in dem Kontokorrentverkehr nach dem HGB., die Existenz und der Umfang der wechselrechtlichen Haftung aus der geleisteten Wechselunterschrift nach der WO.

Artikel 3.

Wo dieses Gesetzbuch von dem Handelsgerichte spricht, tritt in Ermanglung eines besonderen Handelsgerichtes das gewöhnliche Gericht an dessen Stelle.

§ 1. **Die Streitsachen**, die der Handelsgerichtsbarkeit, die entweder eine Einzel- oder Kollegialgerichtsbarkeit ist, zugewiesen sind, werden in §§ 51 und 52 JN. aufgezählt. Dazu kommt noch § 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, § 96 des PatG., Art. XXIII und XXV des EG. zur ZPO., § 3, Scheckgesetz, § 42, Abs. 2 des GmbHG. Streitigkeiten aus allen anderen Sachen gehören vor die allgemeine Gerichtsbarkeit. Wo ein Gewerbegericht örtlich zuständig ist, gehört eine große Anzahl von Streitigkeiten, die durch die JN. der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen waren, nunmehr nach dem GewGG. vor die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes. (Vergl. Siegmund Grünberg, GZ. 1901, Nr. 33—35.)

§ 2. **Was die außerstreitige Gerichtsbarkeit in Handelssachen**[11]) betrifft, so besteht ebensowenig wie über die Abgrenzung derselben von der streitigen Gerichtsbarkeit eine allgemeine Bestimmung darüber, welche Gerichte zur Ausübung derselben zuständig sind (die dalmatinische JN. enthielt in § 85 eine solche Bestimmung). Keinesfalls können die zahlreichen Bestimmungen des HGB., z. B. Art. 145, Abs. 2, 195, Abs. 2, 310, 323 u. a. m., die eine bestimmte Angelegenheit entweder allgemein oder in erster Linie den „Handelsgerichten"

[11]) Vergl. Pisko, Die außerstreitige Gerichtsbarkeit in Handelssachen, GH. 1900 Nr. 37 und 38; Ott, Geschichte und Grundlage des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens S. 106, 121, 194.

Digitized by Google

zuweisen, als Entscheidungsquelle für die Zuständigkeitsfrage herangezogen werden. Handelsgerichte im Sinne des HGB. existieren in Österreich nicht und haben auch nach der früheren zur Zeit der Einführung des HGB. geltenden JN. nicht existiert; insbesondere sind die selbständigen Handelsgerichte in Wien, Prag und Triest trotz des gleichen Klanges des Wortes nicht als solche aufzufassen. (Vergl. Keyßner in GZ., Bd. XXV.) Dieselben nehmen in jurisdiktioneller Hinsicht keine andere Stellung ein als die Handelssenate der Kreis- und Landesgerichte und sind nicht für alle Handelssachen zuständig (vergl. oben § 1). So bestimmt denn auch § 43 EG. zum HGB.: „Im übrigen werden die Vorschriften der Ziviljurisdiktionsnormen, namentlich auch, insofern sie die Gerichte bezeichnen, welche zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit überhaupt oder in einzelnen Fällen zuständig sind, durch die Bestimmungen des HGB. nicht berührt." Hiezu kommt noch folgende Erwägung: Erachtet man zum Begriffe des Handelsgerichtes im Sinne des HGB. das Moment der Beteiligung des Laienrichters an der Rechtsprechung für wesentlich, so hat dieser Begriff für die außerstreitige Gerichtsbarkeit gar keine Bedeutung, da bei Ausübung derselben eine Mitwirkung des Laienelementes weder jetzt stattfindet, noch nach früherem Rechte stattgefunden hat. Sieht man aber von diesem Momente ab, so kann das Wort Handelsgericht im HGB. immer nur das besondere Gericht bezeichnen, dem die Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen ist, also das Kausalgericht im Gegensatze zum allgemeinen Gerichte, nicht aber im Sinne unserer Terminologie die Kollegialgerichte im Gegensatze zu den Einzelgerichten, denen bei uns ebenfalls entweder allein oder neben der allgemeinen Gerichtsbarkeit die Ausübung der besonderen Kausalgerichtsbarkeit in Handelssachen übertragen ist.

Es muß daher statt des in Art. 3 HGB. ausgesprochenen Satzes für das österreichische Recht der Satz aufgestellt werden: „Wo das HGB. vom Handelsgerichte spricht, ist dasjenige Gericht zuständig, welches nach den bestehenden Kompetenzvorschriften zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in der betreffenden Handelssache berufen ist."

Die ausführliche Begründung der hier vertretenen, scheinbar selbstverständlichen Ansicht schien deshalb notwendig, weil in zahlreichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, insbesondere solchen, die anläßlich des Art. 310 HGB. erflossen sind (siehe dortselbst), die Annahme, daß das Handelsgericht, bezw. der Handelssenat des Kreis- oder Landesgerichtes zuständig sei, sichtlich nur damit begründet wurde, daß das HGB. an der betreffenden Stelle den Ausdruck „Handelsgericht" gebraucht. Vergl. auch die Entsch. AdlCl. 1825, wo die zweite Instanz die Kompetenz des Handelsgerichtes zur Erlassung des Verwahrungsauftrages nach Art. 323 HGB. ausdrücklich auf die erwähnte irrige Argumentation stützte.

Gesetzlich ist die Zuständigkeitsfrage in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen bloß geregelt: bezüglich der Führung der Handels- und Genossenschaftsregister (Art. VIII EG. zur JN.), der Amortisierung (§ 115 JN.) und der Aufnahme der Seeverklärung (§§ 52 und 49 JN.). Vergl. die im XI. Bande (1. Abt.) der Manzschen Gesetzesausgabe nach § 42, EG. zum HGB. mitgeteilten Vorschriften.

In allen übrigen Fällen fehlt uns jede Norm für die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage und wir sind bei Lösung derselben auf die Anwendung der Gesetzes- und Rechtsanalogie in weitgehendstem Maße angewiesen. Letztere führt uns bei Berücksichtigung, daß die außerstreitige Gerichtsbarkeit grundsätzlich allgemeine und nicht Kausalgerichtsbarkeit, grundsätzlich Einzel- und nicht Kollegial-

Digitized by Google

gerichtsbarkeit ist, sowie daß in außerstreitigen Sachen im allgemeinen die örtliche Zuständigkeit sich nach dem Gerichtsstande dessen richtet, der das Gericht anruft oder in dessen Interesse es tätig ist, zu der Aufstellung des Satzes, daß zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen — wenn die Zuständigkeit sich weder unmittelbar aus dem Gesetze, noch aus anderen Momenten ermitteln läßt — dasjenige allgemeine Bezirksgericht zuständig ist, in dessen Sprengel derjenige, der vom Gerichte eine Amtshandlung begehrt, seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat. An zuständiger Stelle soll gezeigt werden, wie dieser allgemeine Grundsatz Anwendung findet oder wo von demselben eine Abweichung Platz greift (siehe bei Art. 133, 146, 310, 323, 348, 407).

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Erster Titel.

Von Kaufleuten.

Artikel 4.

Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Einleitung.

Der Artikel handelt vom **Begriffe des Kaufmannes**. Nach seinem Wortlaute[1]) will das Gesetz die Definition nicht für das Rechtsleben überhaupt, sondern nur im Sinne „dieses Gesetzbuches" geben. Pollitzer, S. 45; Canstein I, S. 390. Sonst überall ist selbständig zu prüfen, ob die Anwendung dieses Begriffes als den Verhältnissen entsprechend erscheint. So haben die Bestimmungen der GewO. über Handelsgewerbe den Begriff des Kaufmannes im wirtschaftlich-historischen Sinne und nicht im juristischen Sinne des HGB. im Auge (Heilinger I, S. 66, Note 14, Kulisch, S. 167, Komorzynski, Handel, S. 8). Dagegen sind für den Begriff des Handelsmannes im Sinne des § 486, Abs. 2 StG. die Bestimmungen des jeweils geltenden Handelsrechtes maßgebend (KHE. Slg. Nr. 912, Finger, Strafrecht II, S. 252), ebenso für den Begriff des Kaufmannes im Sinne des § 246 KO. (R. Pollak, Konkursrecht, S. 130, Kaserer, Materialien zur KO., S. 280). Einen ausdrücklichen Hinweis auf den Kaufmannsbegriff des Art. 4 HGB. enthält § 14 des WuchG. Dort, wo Gesetze ihre Anwendbarkeit auf registrierte Kaufleute beschränken, wie z. B. § 6 AnfG., kann selbstredend nur der handelsrechtliche Kaufmannsbegriff in Betracht kommen.

Ob jemand Kaufmann im Sinne des § 51, Z. 1 JN. ist, muß nach den Bestimmungen des in Österreich geltenden HGB. beurteilt werden. Daher ist der vom OGH. nach mannigfachen Schwankungen der Judikatur ausgesprochene

[1]) Über die Bedeutung der Worte „ist anzusehen" vergl. Blaschke-Pitreich § 12.

Digitized by Google

Rechtssatz, daß die Handelsgerichtsbarkeit auch auf Kaufleute Anwendung findet, die in ein ausländisches, nach seinen Einrichtungen dem inländischen Handelsregister im wesentlichen gleichartiges Handelsregister eingetragen sind (JW. Nr. 172, AmtlS. 840) nur mit der Einschränkung richtig, daß der Beklagte auch unter Zugrundelegung der Vorschriften des in Österreich geltenden HGB. als Kaufmann anzusehen ist; nicht die Tatsache, daß eine Person ins Handelsregister eingetragen ist, sondern die Tatsache, daß ein Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, sondern die Tatsache, daß ein Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, bildet die Voraussetzung der handelsgerichtlichen Kompetenz nach § 51, Z. 1 JN. (V. Mayer, S. 468). Bestritten ist der Begriff des „Handelsgewerbes" in § 88, Abs. 2 JN., wo der Fakturengerichtsstand auf Personen, „welche ein Handelsgewerbe betreiben" eingeschränkt wird. Nach unserer Ansicht[2]) findet § 88, Abs. 2 auch auf Personen Anwendung, die zwar kein Handelsgewerbe im Sinne der GewO., wohl aber ein solches im Sinne des HGB. betreiben (Spediteure, Buchdrucker, Frachtführer usw.). Der Wortlaut des Gesetzes bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß nur das Handelsgewerbe im Sinne der GewO. gemeint sei, da das HGB. an verschiedenen Stellen doch auch diesen Ausdruck gebraucht (so auch Horten, S. 290, Neumann, S. 1224, Wehli, Kompetenzrechtliche Streitfragen, JBl. 1906, S. 220, und die Praxis der Gerichte, a. M. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 305, dortselbst auch weitere Mitteilungen über Literatur und Spruchpraxis).

§ 1. 1. Nach der in diesem Artikel gegebenen Definition wird die Kaufmannsqualität bedingt durch **den gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften.** Daraus ergeben sich folgende Begriffsmerkmale:

a) **Der Betrieb** von Handelsgeschäften. Es betreibt die Handelsgeschäfte derjenige, **in dessen Namen**[3]) dieselben abgeschlossen werden (Goldschmidt, Handbuch, § 43, Nr. 2; vergl. Kulisch,, S. 113), derjenige, welcher die Rechte und Verpflichtungen aus den Geschäften überkommt, der Herr des Geschäftes im juristischen Sinne. An sich kann man zwar Handelsgeschäfte auch im Namen eines anderen betreiben (vergl. Art. 41, 42, 47). Die Definition wäre daher allerdings präziser gewesen, wenn sie vom Betreiben der Handelsgeschäfte im eigenen Namen gesprochen hätte (Thöl, § 38, Anm. 1), aber es ist zweifellos, daß dies gemeint ist.

In diesem Sinne betreibt das Handelsgewerbe nicht bloß derjenige, der die Handelsgeschäfte durch eigene Tätigkeit abschließt, nicht bloß der, der sie durch andere hiezu beauftragte Personen abschließt, sondern schon der, der zuläßt, daß ein anderer in seinem Namen Handelsgeschäfte abschließt (ROHG. 21, S. 305; RG. 12, S. 10; 19, S. 197; vergl. auch RG. 15, S. 36, ferner AblCl. 1843, 2008, OGH. vom 27. März 1903, RZ. 1904, 4). Auch im letzteren Falle gilt der-

---

[2]) Eine eingehende Begründung dieser Ansicht wurde in der vorigen Auflage dieses Werkes (Zusatz zu Art. 4) versucht.

[3]) Weicht der bürgerliche Name von der Firma ab, so ist der Inhaber der Firma, nicht der Träger des die Firma bildenden bürgerlichen Namens derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen weeden. Schulze, der Müllers Geschäft mit Firma erworben hat, ist derjenige, in dessen Namen (genauer würde man sagen: in dessen Handelsnamen) die Geschäfte geschlossen werden, nicht Müller, der jetzt von Renten lebt. Bei der offenen Handelsgesellschaft werden die Geschäfte im Namen aller Gesellschafter geschlossen, weil die Firma der Handelsname aller Gesellschafter ist (Goldschmidt, Handbuch S. 469; Allfeld S. 37 Anm. 48).

Digitized by Google

jenige, in dessen Namen das Gewerbe betrieben wird, als Kontrahent der solchergestalt abgeschlossenen Geschäfte und haftet daher ex contractu (vergl. § 7, Abs. 2 zu Art. 129).

Es ist dabei nicht erforderlich, daß die Geschäfte auch für Rechnung dessen gehen, in dessen Namen sie abgeschlossen werden (Thöl, § 38; RG. vom 24. Juni 1896 im Sächsischen Archiv, Bd. 6, S. 586), umgekehrt ist derjenige nicht Kaufmann, für dessen Rechnung die Geschäfte abgeschlossen werden, wenn dies nicht in seinem Namen geschieht (Randa, I, S. 65).

Demgemäß ist nicht Kaufmann der Prokurist, der Handlungsgehilfe, der Liquidator einer ihm fremden Handelsgesellschaft (AdlCl. 567), der Vorstand einer Aktiengesellschaft (Canstein I, S. 190; Bolze 9, Nr. 230), der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Aktionär als solcher, das Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der stille Gesellschafter, der Bevormundete, wenn der Vormund das Gewerbe zwar im Interesse des Mündels, aber im eigenen Namen betreibt; wohl aber ist Kaufmann der Vormund in letzterem Falle, das persönlich haftende Mitglied einer stillen oder einfachen Kommanditgesellschaft, der Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft, dieser jedoch bloß in Bezug auf seine Eigenschaft als offener Gesellschafter, nicht überhaupt, „er ist Kaufmann, nicht Einzelkaufmann" (Thöl, § 38; ebenso Hahn, § 5; Randa I, S. 67; vergl. auch AdlCl. 591, AdlCl. 1597; anders Puchelt, Anm. 10, Allfeld, S. 41 und unsere 1. und 2. Aufl., desgleichen Makower; Canstein I, S. 182, GZ. XX, S. 84 ff.). Die Judikatur betrachtet den Gesellschafter einer registrierten offenen Handelsgesellschaft als einen Kaufmann, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist: bei Anwendung der §§ 5, 6, AnfG. (AdlCl. 1927, 1935; vergl. dazu Steinbach, Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884, 3. Aufl., S. 72, N. 18), bei Anwendung des § 191 KO. (AdlCl. 1974, 1977) und bei Anwendung der Kompetenzvorschrift des § 51, Z. 1 JN. (AdlCl. 2147, OGH. 27. Nov. 1902, GZ. 1903, 16, 25. Juni 1902, Links 7026). Kaufmann ist nach unserer Ansicht nicht der Komplementar einer AKG., noch weniger der Kommanditist einer solchen. Der Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft ist (entgegen unserer Annahme in der 1. bis 5. Auflage) kein Kaufmann. Zwar wird das Handelsgewerbe auch in seinem Namen betrieben (Art. 150). Aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der betrachtet, der das Handelsgewerbe so betreibt, daß er seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Als Kommanditist aber riskiert er nur ein bestimmtes Kapital, auf dessen Zahlung er zwar mit seinem ganzen Vermögen haftet, das doch aber nur ein begrenztes Einsetzen seiner juristischen Persönlichkeit involviert. Die allgemeine Anschauung erblickt in der Kommanditistenbeteiligung nicht mehr als eine Kapitalsbeteiligung bei einer Handelsgesellschaft, keine Unternehmerschaft eines Handelsgeschäftes. Dadurch ändert sich eigentlich auch die Definition des Kaufmannes dahin, es ist derjenige, der ein Handelsgewerbe so betreibt, daß er für die entstehenden Verpflichtungen unbeschränkt haftet (ebenso Canstein I, S. 182, GZ. XX, S. 84 ff., Randa I, S. 66).

Bei nicht eingetragenen Firmen ist derjenige jedenfalls als der Gewerbetreibende zu betrachten, auf dessen Namen mit seinem Willen

Digitized by Google

das Gewerbe der Gewerbebehörde angemeldet ist (vergl. Mataja, S. 16). Bei Verpachtung eines Handelsgewerbes ist der Pächter als Kaufmann anzusehen (AdlCl. 1773, OGH. 24. Sept. 1902, NotZ. 1903, 16, 16. März 1904, JBl. 1904, 13; vergl. Kulisch, S. 115).

§ 2. b) **Gewerbsmäßiger Betrieb.** Gewerbe ist eine Tätigkeit, die in der Absicht unternommen wird, sie zu einer dauernden Gewinnquelle zu machen. Diese Absicht ist das einzig Entscheidende.[4]) Liegt sie erkennbar vor, so ist jedes, auch das erste auf Grund derselben abgeschlossene Geschäft als gewerbsmäßig anzusehen (Goldschmidt, Handbuch, S. 458, Anm. 15, Kulisch, S. 110, 111, Randa I, S. 67; vergl. auch KassHE. Slg. 3273), z. B. auch die Anschaffung der Ware, deren Veräußerung in jener Absicht bezweckt wird (RG. in Strafsachen 27, S. 227; vergl. auch AdlCl. 1739, wo ganz richtig in der Häufigkeit der abgeschlossenen Geschäfte kein Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erblickt wird, aber statt eines auf den gewerbsmäßigen Abschluß von Handelsgeschäften eingerichteten Betriebes „ein nach den Vorschriften der Gewerbeordnung eingerichteter Betrieb" verlangt wird). Gewerbsmäßigkeit ist auch dann vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen als eigennützigen, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen, oder wie beim gewerbetreibenden Staat (vergl. unten § 6) der öffentlichen Wohlfahrt (Canstein I, S. 188), und endlich auch dann, wenn jene Absicht nicht bei jedem einzelnen Geschäfte unmittelbar obwaltet, wenn z. B. auch ein Geschäft unentgeltlich gemacht wird (RG. 33, S. 105; vergl. KHE. im JMBl. 1898, Nr. 1452) oder gar mit Verlust, um Kunden zu gewinnen, oder wenn die Absicht nicht von Erfolg gekrönt wird (Kulisch a. a. O.). Doch muß wirklicher Gewinn und nicht bloß Deckung der Selbstkosten beabsichtigt sein (Mataja, S. 6). Genossenschaften, die statutengemäß Handelsgeschäfte nach § 272, Z. 2 betreiben, sind nur dann Kaufleute, wenn sie ihren Gewerbebetrieb nicht auf ihre Mitglieder beschränken (AdlCl. 959); jedoch erlangen auch bei Beschränkung der Kreditgewährung auf Mitglieder die Genossenschaften dann die Kaufmannseigenschaft, wenn sie in einer auf Gewinn gerichteten Absicht auch von Nichtmitgliedern Spareinlagen und Anlehen aufnehmen (OGH. vom 26. Apr. 1905, JBl. 1905, 29, Randa I, S. 86). Das Gleiche gilt von den Sparkassen (AdlCl. 388 und 1396). Auch würde als Kaufmann zu betrachten sein, wer eine Handelsunternehmung lediglich aus wohltätigen Zwecken betreibt und allen Gewinn für solche Zwecke abgibt. Denn immerhin will er doch Gewinn erzielen; werden dagegen die Waren nur an Arme und zu ermäßigten, einen Gewinn nicht abwerfenden Preisen abgegeben, so liegt Kaufmannsqualität nicht vor (GZ. 6, S. 560). Die dauernde Einnahmequelle ist der Gegensatz zu einem bloß gelegentlichen Betriebe (ROHG. 14, S. 118). So wird z. B. derjenige, dem ein im Betriebe befindliches Geschäft als Erbe zufällt, etwa der Fiskus, dadurch nicht zum Kaufmann, wenn er das Geschäft lediglich zu dem Zwecke und so lange fortführen läßt,

[4]) Anders formuliert diesen Satz Mataja S. 5: „Hingegen genügt, wenn eine Beschäftigung ihrer objektiven Beschaffenheit nach zu den gewerbsmäßigen zählt, die erste wirkliche Ausführungshandlung, um einen gewerbsmäßigen Betrieb als vorhanden anzunehmen." Vergl. die zutreffende Begriffsbestimmung der „Gewerbsmäßigkeit" für das Strafrecht bei Finger I. S. 289 und die im Texte erwähnte E. des KH. Slg. 3273.

Digitized by Google

bis die Nachlaßschulden gedeckt sind. Eine Frau wird dadurch, daß sie jahrelang Spekulationsgeschäfte an der Börse durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat, nicht Handelsfrau (Bolze, § 1, Nr. 712; RG. vom 9. Nov. 1893 in JW. 1894, S. 19; vergl. hiezu unten § 10). Ein gewisser Umfang des Gewerbebetriebes gehört zur Kaufmannsqualität regelmäßig nicht, hat vielmehr regelmäßig nur für den Unterschied von Vollkaufmann und Minderkaufmann Bedeutung. (Näheres zu Art. 10.) **Auch gehört es nicht zur Gewerbsmäßigkeit, daß der auf den Abschluß einer Reihe von Handelsgeschäften gerichtete Wille sich dem Publikum gegenüber manifestiert.** Das Gegenteil nimmt zwar das RG. an (Urteil vom 9. Nov. 1893 in JW. 1894, S. 19; auch Cosack, S. 31 und 39). Allein auch für das Gebiet des Strafrechtes wird dieses Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit nicht aufgestellt (vergl. Olshausen, Kommentar zum deutschen Strafgesetzbuch, Anm. 2 zu § 260 Str. GB.), vergl. auch unten § 12, wo die Manifestation gegenüber dem Publikum auch als selbständiges Erfordernis der Kaufmannsqualität abgelehnt wird.

Ob im Einzelfalle gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, ist Frage rechtlicher und tatsächlicher Beurteilung der konkreten Sachlage (ROHG. 14, S. 117). Dieselbe muß derjenige dartun und beweisen, der aus der Gewerbsmäßigkeit rechtliche Konsequenzen zu seinen Gunsten herleiten will.

c) **Rechtsgültig muß der Betrieb sein.** Wenn auch, wie im § 6 gezeigt werden wird, jede rechtsfähige Person Kaufmann sein kann, so ist doch nicht jedes Rechtssubjekt fähig, selbständig Handelsgeschäfte zu betreiben, das heißt zum Gewerbebetriebe gehörige Rechtsakte in einer Person und ohne fremde Mitwirkung vorzunehmen. Ein Handelsgewerbe kann selbständig betreiben, wer selbständig handlungsfähig ist, das heißt wer fähig ist, sich durch eigene Handlungen zu verpflichten. Wem diese Fähigkeit in vollem Umfange mangelt oder nur in beschränkter Weise zusteht, der bedarf zum gültigen Handelsgewerbebetriebe der Genehmigung oder der Mitwirkung oder Vertretung einer anderen Person. Führt aber jemand ein Geschäft ohne die Erfordernisse eines rechtsgültigen Gewerbebetriebes, z. B. ein Minderjähriger ohne Genehmigung des Vormundes, so ist dies kein Handelsgewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes; er wird dadurch nicht Kaufmann, seine Geschäfte sind nicht Handelsgeschäfte, und er kann insbesondere auch nicht wegen unterlassener Buchführung bestraft werden (RG. in Strafsachen 26, S. 94). **§ 3.**

Über die Fähigkeit der Frauen und insbesondere der Ehefrauen, Handelsgeschäfte zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, siehe die Bemerkungen bei Art. 6.

Zur Rechtsgültigkeit des Betriebes gehört auch, daß die Rechtsgeschäfte um ihrer selbst willen nicht ungültig sind. Der Gewerbebetrieb des Wucherers fällt zwar äußerlich unter Art. 272, Z. 2 HGB., aber seine Geschäfte sind wegen § 8 WuchG. nichtig, sein Gewerbebetrieb ist daher kein gewerbsmäßiger Betrieb von Handelsgeschäften, er selbst nicht Kaufmann, wenn er es nicht aus anderen Gründen ist. Das Gleiche gilt von Personen, welche ungültige Spekulationsgeschäfte (Differenzgeschäfte) gewerbsmäßig machen (vgl. Kulisch, S. 109). Dagegen reicht die bloße Anfechtbarkeit, der Umstand, daß der Gewerbebetrieb

Digitized by Google

ganz oder zum Teile auf Täuschung abzielt, nicht aus, um die Kaufmannsqualität zu verneinen (vergl. Bolze 18, Nr. 253). Desgleichen reicht dazu die mangelnde Befugnis zum Gewerbebetriebe nicht aus (unten § 7).

§ 4. d) **Handelsgeschäfte** müssen betrieben werden. Hierin liegt der Schwerpunkt der Definition. Nicht jeder Gewerbetreibende ist Kaufmann. Der Begriff des Kaufmannes geht Hand in Hand mit der Begrenzung des Kreises der Handelsgeschäfte. Über diese verhalten sich Art. 271 ff. Dort wird noch einmal auf die Kaufmannsqualität und den Kreis der Kaufleute zurückzukommen sein.[5]) Zu bemerken ist hiebei, daß es Handelsgeschäfte auf Seite des Gewerbetreibenden sein müssen. Sonst würde ein Schriftsteller Kaufmann sein, weil er gewerbsmäßig Verlagsverträge schließt, der Landwirt Kaufmann, weil er gewerbsmäßig an Getreidehändler verkauft. Und zwar müssen es Grundhandelsgeschäfte nach Art. 271 und 272 sein, denn die akzessorischen Handelsgeschäfte des Art. 273 setzen ja voraus, daß ein Kaufmann sie abschließt. Daß aber, wie Goldschmidt (in GZ. 36, S. 320) annimmt, Handelsgeschäfte auf beiden Seiten vorliegen müssen, ist im Gesetze nicht begründet. Betreibt der Kaufmann Handelsgeschäfte und Nichthandelsgeschäfte, so ist er Kaufmann, auf die Nichthandelsgeschäfte finden eventuell die Art. 273 und 274 Anwendung, wenn nicht Art. 275 entgegensteht (Bolze 18, Nr. 253). Dagegen kann ein Gutsbesitzer, der in seiner Eigenschaft als (protokollierter) Spezereiwarenhändler Kaufmann ist, aus einem im Betriebe seiner Gutsverwaltung als Frachtführer geschlossenen Frachtgeschäfte vor dem Handelsgerichte belangt werden (AdlCl. 1494; vergl. Canstein I, S. 182: „Die Kaufmannseigenschaft durchdringt die Persönlichkeit").

§ 5. 2. **Wo diese vier Erfordernisse zusammentreffen, ist Kaufmannsqualität vorhanden**, und zwar:

a) **Soweit sie vorhanden sind.** Betreibt eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie mit Bezug auf das eine Kaufmann, mit Bezug auf das andere Nichtkaufmann sein (vergl. ROHG. 11, S. 343; Kohlenhandel neben Bergwerksbetrieb). Doch trifft dies nur zu, wenn wirklich mehrere Gewerbe getrennt betrieben werden, nicht wenn ein technischer Betrieb die Grundlage für den Abschluß von Handelsgeschäften bildet, wie dies beim Fabrikanten regelmäßig der Fall ist (vergl. ROHG. 11, S. 386).

§ 6. b) **Solange jene Erfordernisse vorhanden sind.** Eine rechtliche Vermutung derart, daß jemand, der Kaufmann gewesen ist, es auch verbleibt, besteht nicht, weshalb derjenige, der die Kaufmannsqualität behauptet, zu beweisen hat, daß der Betreffende zur fraglichen Zeit gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betrieb (ROHG. 17, S. 169; RG. 13, S. 152).

Die Kaufmannsqualität hört auf, nicht, wie Puchelt (Art. 4 a. E.) annimmt, beim Wegfall aller gesetzlichen Voraussetzungen, sondern schon beim Wegfall einer derselben, insbesondere wenn der gewerbsmäßige Betrieb aufhört. Dazu ist aber erforderlich, daß nicht bloß zeitweilig keine Handelsgeschäfte abgeschlossen werden, sondern daß der Betrieb definitiv eingestellt ist (ROHG. 8, S. 47). Dies ist beim Eintritt des Konkurses jedenfalls dann der Fall, wenn die Verwaltung

---

[5]) In den §§ 26 und 27 zu Art. 272 geben wir ein alphabetisches Verzeichnis der Kaufleute und Nichtkaufleute.

Digitized by Google

der Masse die Einstellung des Geschäftsbetriebes beschlossen hat und der Gemeinschuldner auch sonst nicht Handelsgeschäfte betreibt (RG. 13, S. 152). Ob durch die Fortführung des Geschäftes durch den Masseverwalter die Kaufmannsqualität des Gemeinschuldners erhalten bleibt, hat das RG. a. a. O. unentschieden gelassen. Die Frage ist gegen die herrschende Ansicht (Cosack, § 77, N. 21; Jäger, Die KO., § 6, Anm. 26; Staub, Anm. 25 zu § 1) dann zu bejahen, wenn die Fortführung des Geschäftes nicht bloß dem Zwecke der Liquidation dient, sondern bezweckt, dem Gemeinschuldner für den Fall der Beendigung des Konkurses ohne Ausschüttung des Vermögens (Zwangsausgleich) das Geschäft in seiner produktiven Seite zu erhalten. Auch läßt sich der allgemein zugegebene Satz, daß mit der Konkurseröffnung das Firmenrecht nicht unbedingt erlischt (§ 1 zu Art. 25) nicht anders als mit der Fortdauer der Kaufmannseigenschaft des Kridatars begründen. Auch verliert der Kaufmann diese seine Eigenschaft nicht dadurch, daß sein Handelsgewerbe in Zwangsverwaltung gezogen wird. Denn die Zwangsverwaltung bezweckt im Gegensatze zum Konkurse nicht die Realisierung des vorhandenen Vermögens, sondern die Weiterführung des in Exekution gezogenen Unternehmens durch einen für den Verpflichteten hinsichtlich der Verwaltung dieses Unternehmens aufgestellten öffentlich-rechtlichen Vertreter (R. Pollak, Zwangsverwaltung passim). Die Mitglieder einer in Liquidation getretenen offenen Handelsgesellschaft sind nicht notwendig Kaufleute, ebensowenig wie die Liquidationsgesellschaft selbst; es kommt darauf an, ob das Handelsgewerbe während des Auseinandersetzungsverfahrens noch fortbetrieben wird. Daß die Liquidationsgesellschaft ohne Rücksicht hierauf dem Firmenrechte und den Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs unterliegt, beruht auf der besonderen Vorschrift des Art. 139 und des § 192 KO. (Näheres bei § 1 zu Art. 144.)

3. **Es ist unzulässig, irgend welches andere Erfordernis für die Kaufmannsqualität aufzustellen.** § 7.

a) Das HGB. stellt kein subjektives Erfordernis für die Kaufmannsqualität auf. Daraus folgt, daß **jedes Rechtssubjekt Kaufmann sein kann, das juristisch in der Lage ist, Handelsgeschäfte zu betreiben.** Mit anderen Worten, jede rechtsfähige, nicht bloß jede handlungsfähige oder gar bloß jede verpflichtungsfähige Person kann Kaufmann sein, da ja derjenige das Handelsgewerbe betreibt, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden (vergl. oben § 1), also auch Kinder, Wahnsinnige, Unmündige, unter väterlicher Gewalt befindliche, endlich auch juristische Personen (AdlCl. 1726), welche alsdann, wie wohl zu beachten ist, nicht als Handelsgesellschaften, sondern als Einzelkaufleute zu betrachten sind (Randa I, S. 132, AdlCl. 2004; OLG. Dresden in Busch, Archiv 47, S. 59)[6]), insbesondere auch die Körperschaften

[6]) Juristische Personen zum Zwecke des Handelsbetriebes (die nicht unter dem Begriff der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und der Gesellschaften mit beschränkter Haftung fallen) können sich nur mit staatlicher Genehmigung bilden (VerG. v. 26. Nov. 1852) hiedurch ist es möglich, daß sich auch andere als die in der Gesetzgebung anerkannten handelsrechtlichen Vereinigungen bilden, bei denen eine persönliche Haftung der Mitglieder ausgeschlossen ist. (Vergl. Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung 236 der Beilagenzu dem stenogr. Prot. des Herrenhauses 17. Session S. 50, ferner Sachan, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, GZ. 56, S. 444 ff.).

Digitized by Google

öffentlichen Rechtes, wie religiöse Korporationen (eine religiöse Brüdergemeinde in GZ. 7, S. 500; ein Bierbrauerei betreibender geistlicher Orden in AdlCl. 1413), die Gemeinden als Unternehmer von Ziegeleien (AdlCl. 1900), von Hüttenwerken, Brauereien, Gasanstalten (Johow 12, S. 17). Hinsichtlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bestimmt der § 13 GenG. ausdrücklich, daß auf sie die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen des HGB. Anwendung finden, wenn deren Unternehmen ganz oder teilweise Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat. (Hierüber Stroß, Genossenschaftsrecht, S. 114, Note 2.)

§ 8. Bezüglich des **Staates** bestimmt § 8 EG. zum HGB.: „Inwiefern Unternehmungen des Staates in das Handelsregister einzutragen und daher den Bestimmungen des HGB. über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura zu unterziehen seien, bleibt der Bestimmung im Verordnungswege überlassen." Aus dieser Bestimmung geht deutlich hervor, daß auch der Staat, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt, grundsätzlich als Kaufmann anzusehen ist (vergl. Österr. Rechtslexikon, S. 1102). Für das frühere deutsche Recht war dies nicht allgemein anerkannt (vergl. aber jetzt § 36 d. HGB.). Bei theoretisch richtiger Fassung des § 8 EG. müßte es statt „daher" heißen „und"; denn nach dem HGB. ist die Anwendbarkeit der bloß für den Vollkaufmann geltenden Bestimmungen an die Firmenregistrierungspflicht und nicht an die Tatsache der faktischen Registrierung geknüpft (vergl. 2. Zusatz zu Art. 10). Nur kraft positiver Gesetzesvorschrift sind diese Wirkungen hier an die Tatsache der Registrierung geknüpft. Ist die Handelsunternehmung des Fiskus nicht ins Handelsregister eingetragen, so nimmt der Fiskus in Bezug auf dieselbe die Stellung eines Minderkaufmannes ein. Es zessiert sohin in diesem Falle nicht bloß die Verpflichtung zur kaufmännischen Buchführung, sondern es fehlt den in dieser Unternehmung geführten Büchern auch die volle handelsrechtliche Beweiskraft kaufmännischer Bücher. Letztere Konsequenz wurde bei Redaktion der in Rede stehenden Gesetzesstelle nicht übersehen (Stenogr. Prot. über die Sitzungen des Abgeordnetenhauses aus dem Jahre 1862, S. 3898 ff.). Die von den staatlichen Unternehmungen geführten Aufschreibungen werden ohnehin oft den Charakter öffentlicher Urkunden besitzen. Übersehen wurde aber anscheinend, daß durch die in Rede stehende Bestimmung auch den Handelsbüchern dritter Kontrahenten gegen den handeltreibenden nicht eingetragenen Staat Beweiskraft nur im Rahmen des § 20 EG. zum HGB. zukommt; übrigens ist diese Beschränkung für das heutige Recht so gut wie von gar keiner praktischen Bedeutung (vergl. Einleitung zu Art. 34).

In allen übrigen Beziehungen finden auf den Staat, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt, mag die betreffende Unternehmung in das Handelsregister eingetragen sein oder nicht, die für Kaufleute geltenden Bestimmungen Anwendung.

Bezüglich der handelsgerichtlichen Zuständigkeit wird das Eisenbahnärar in der Praxis als ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann angesehen (Novak IV, 630, AdlCl. 1908, 2029, OGH. vom 4. Sept. 1906, ZBl. 1906, 403, 4. Dez. 1906, GH. 1906, 15). Der Praxis ist beizustimmen, insofern sie die Kaufmannseigenschaft

Digitized by Google

des Eisenbahnfiskus anerkennt, die Anwendung der Bestimmungen über die Kaufgerichtsbarkeit auf den ins Handelsregister nicht eingetragenen Eisenbahnfiskus läßt sich jedoch gesetzlich nicht begründen. § 51, Z. 1 JN. verlangt die tatsächliche Registrierung des Beklagten, nicht dessen Vollkaufmannseigenschaft (vergl. R. Pollak, Zivilpr., S. 265, N. 3).

Bezüglich des Postbetriebes ist die Kaufmannseigenschaft des Staates bestritten von Pollitzer, S. 551, zugegeben von Canstein II, S. 275, und zwar unter zutreffender Berufung auf Art. 421. Wie aus den parlamentarischen Beratungen zu § 8 EG. (vergl. Stenogr. Prot. a. a. O.) hervorgeht, wurde die Kaufmannseigenschaft des Postfiskus vorausgesetzt und bloß die Anwendung der Bestimmungen über Firma, Prokura und Handelsbücher stand unter Beratung. Im § 452 d. HGB. ist allerdings die Kaufmannseigenschaft des Postfiskus ausdrücklich verneint, aber die Denkschrift (S. 217) hebt hervor, daß sich aus Art. 421, Abs. 1 die gegenteilige Folgerung ziehen lasse.

Die Beamten des Staates sind aber keine Handlungsgehilfen, auch wenn sie kaufmännische Dienste leisten. Das Handlungsgehilfenverhältnis ist lediglich eine Abart des zivilrechtlichen Dienstvertrages. Das öffentliche Beamtenverhältnis ist aber, wie Laband (Staatsrecht I, S. 383) und Steinbach (Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation) ausführen, wesentlich verschieden von dem privatrechtlichen Dienstverhältnis (vergl. auch Canstein I, S. 317). Allerdings kann auch der Staat privatrechtliche Dienstverträge schließen und demgemäß auch Handlungsgehilfen in seinem Betriebe anstellen (Laband I, S. 385). Stellt er aber jemanden als Staatsbeamten an, so ist er Staatsbeamter auch dann, wenn seine Dienste kaufmännischer Natur sind. Das hat, wie Laband zugibt, früher gegolten, wird aber nicht, wie Laband (in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 3, S. 394) annimmt, jetzt dadurch anders, daß jetzt einzelne Vorschriften über den Dienstvertrag und insbesondere über den Handlungsgehilfenvertrag zwingender Natur sind. Denn zwingend, das heißt durch Vertrag unabänderlich, sind sie nur für diejenigen Personen, welche Handlungsgehilfen sind. Dies aber, die Frage, ob sie Handlungsgehilfen sind, ist die Vorfrage, welche eben bei wirklichen Staatsbeamten zu verneinen ist (vergl. Art. 57, § 1).

Das hier Gesagte gilt auch für die Beamten der Kommunalverbände. Diese sind Staats-, bezw. mittelbare Staatsbeamte.

b) Zur Begründung der Kaufmannsqualität ist **weder die Erfüllung irgend welcher Formalität**, z. B. die Eintragung in das Handelsregister (ROHG. 3, S. 413), **noch die Beobachtung der einschlägigen polizeilichen oder steuergesetzlichen Gebote** (vergl. zu Art. 11) erforderlich, **noch endlich ist es erheblich, daß die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einem bestimmten Gewerbebetriebe überhaupt entgegenstehen.** Ein Gastwirt, der nach Entziehung der Konzession und mit Hinterziehung der Gewerbesteuer geistige Getränke verkauft, ist Kaufmann (Cosack, S. 40; Canstein I, S. 190; Blaschke-Pitreich, S. 33; ADlCl. 631); der gewerbsmäßige Hersteller und Verkäufer eines verbotenen Heilmittels ist Kaufmann; ein Angehöriger des Soldatenstandes oder Beamter, der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuwider Handel treiben würde, wäre Kaufmann (Randa II, S. 71). **§ 9.**

Digitized by Google

§ 10. c) Die Kaufmannseigenschaft ist auch nicht daran geknüpft, daß der gewerbsmäßige Betrieb der Handelsgeschäfte **den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf bildet** (AdlCl. 1833). Der Gewerbebetrieb braucht nicht die „Grundlage der sozialen Existenz" zu sein (Allfeld, S. 30). Auch der Künstler, der Beamte, der Soldat, der nebenher ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann.

§ 11. d) Auch daß der Betrieb der Handelsgeschäfte **von Grund aus auf freiem Entschlusse beruht** und nicht vielmehr Gesetze oder Verträge auf die Art des Betriebes bestimmend mitwirken, ist nicht Erfordernis der Kaufmannsqualität. Deshalb ist der Apotheker Kaufmann, obgleich er hinsichtlich der Waren und ihrer Preise gesetzlichem Zwange unterliegt (Johow und Küntzel 3, S. 10; AdlCl. 1160, 1870, 2026, 2170; Pollitzer, S. 47); ferner ein geistliches Stift, welches Bierbrauerei betreibt, gleichgültig, ob der Betrieb auf Grund eines Gewerbescheines oder auf Grund der Landesverfassung stattfindet (AdlCl. 1413). Ebenso die Lotteriekollekteure (ROHG. 33, S. 213). Ein Restaurateur, der in eigenem Namen für eigene Rechnung Speisen und geistige Getränke verabreicht, büßt seine Kaufmannsqualität dadurch nicht ein, daß er vertragsmäßig verpflichtet ist, von einer bestimmten Firma Weine zu beziehen und sie zu festgestellten Preisen abzugeben, auch ein festes Gehalt als teilweisen Ersatz seiner Dienste und Spesen von jener Firma bezieht (Bolze 9, Nr. 232).

§ 12. e) Das ROHG. hat wiederholt, zuletzt und besonders in der Entsch. 22, S. 303 den Grundsatz ausgesprochen, daß als Kaufmann nur derjenige zu betrachten sei, **der beim Betriebe der Handelsgeschäfte dem Publikum gegenüber auftrete**, weshalb derjenige, der bei einem Bankier in Wertpapieren spekuliere, kein Kaufmann sei (ebenso LG. Mannheim in GZ. 37, S. 525; Puchelt-Förtsch, Anm. 9; Allfeld, S. 31, Anm. 16). Dieser Grundsatz ist nicht zu billigen. Darin würde die unzulässige Aufstellung eines weiteren Erfordernisses neben den im vorliegenden Artikel aufgestellten liegen. Der Privatmann, der als Kommittent des Bankiers Wertpapiere anschafft, um sie wieder zu veräußern, schließt dadurch absolute Handelsgeschäfte ab (Art. 271, Nr. 1). Nur wird freilich in einem solchen Falle, also z. B. wenn Ärzte, Richter, Anwälte, Ehefrauen in Wertpapieren spekulieren, selbst bei größerer Häufigkeit der Geschäfte das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit fehlen. Es wird vielmehr das Ganze mehr oder weniger den Charakter der Gelegenheit an sich tragen und deshalb Kaufmannsqualität nicht vorliegen (vergl. z. B. Bolze 2, Nr. 712, wo entschieden ist, daß eine Frau deshalb noch nicht Handelsfrau wird, weil sie jahrelang Börsenspekulationsgeschäfte durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat; vergl. hiezu oben § 2). Wo aber im gegebenen Falle das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit vorliegen sollte, muß auch die Konsequenz unerbittlich gezogen werden, daß auch solche Personen Kaufleute sind. Die französische Jurisprudenz ist vor dieser Konsequenz nicht zurückgeschreckt (Behrend, § 24, Anm. 5); Thöl (I, § 38, Nr. V) nennt solche Personen heimliche Kaufleute. Vergl. oben § 2, wo dargelegt ist, wie das Reichsgericht das Requisit der Willensmanifestation gegenüber dem Publikum als dem Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit immanent betrachtet, jedoch auch dies mit Unrecht. — Unseren Standpunkt scheint zu teilen RG. bei Bolze 18, Nr. 253.

Digitized by Google

Artikel 5.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht.

Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.

Einleitung. Der Artikel bezweckt die **Ausdehnung der für Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf die Handelsgesellschaften und die öffentlichen Banken.** Die Geschäfte der Handelsgesellschaften werden jedoch dadurch nicht samt und sonders zu Handelsgesellschaften erklärt, vielmehr gilt auch hier die durch Art. 275 gezogene Schranke.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Handelsgesellschaften.** Diese sollen — das ist die Bedeutung dieses Absatzes — den Kaufleuten gleich zu achten sein, gleichviel, ob ihnen die Wissenschaft juristische Persönlichkeit beimißt oder nicht, und damit nicht aus der Versagung der juristischen Persönlichkeit durch die Wissenschaft etwas Gegenteiliges gefolgert werden könnte. Handelsgesellschaften sind die im II. Buche (nicht auch die im III. Buche) behandelten Gesellschaften, nicht auch die Genossenschaften, welche nach dem Genossenschaftsgesetze (§ 13), wenn sie Handelsgeschäfte betreiben, nur als Kaufleute gelten sollen, soweit das Genossenschaftsgesetz keine abweichenden Bestimmungen trifft (Puchelt, Anm. 2; Allfeld, S. 40, Anm. 3). Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, sind keine Handelsgesellschaften (anders § 210, Abs. 2 d. HGB.), auf sie finden nicht die Bestimmungen des II. Buches, sondern das Vereinsgesetz vom 26. Nov. 1852 Anwendung (vergl. § 6 zu Art. 207). Der Betrieb eines Handelsgewerbes ist auch ein begriffliches Erfordernis für das Bestehen der im II. Buche geregelten Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 173 in Verbindung mit Art. 150). Gesellschaften mit beschränkter Haftung gelten ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens als Handelsgesellschaften (§ 61, Abs. 3 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Die öffentlichen Banken.** Diese beschäftigen sich vornehmlich mit anderer Tätigkeit als mit Handel, z. B. mit der Annahme von Depositen im Prozesse, für Mündel usw. Der dadurch entstehende Zweifel an ihrer Kaufmannsqualität, soweit sie Handel treiben, soll beseitigt werden. Doch darf man aus dieser Hervorhebung per argumentum e contrario anderen öffentlichen handeltreibenden Anstalten die Kaufmannsqualität nicht absprechen. Dies ist bei der Beratung dieses Absatzes ausdrücklich betont worden (P. 1260) und ebenso vom ROHG., als es den Staatsfiskus in Bezug auf den Betrieb einer Eisenbahn als Kaufmann erklärte (3, S. 405; 12, S. 314).

§ 3. Das Wort **Verordnung** ist hier nicht im technischen Sinne (im Gegensatze zu Gesetz) zu nehmen, so daß in Art. 5 eine Anerkennung der Gültigkeit sämtlicher für Banken bestehender Verordnungen erblickt werden könnte (so Blaschke-Pitreich, S. 16). Verordnung ist hier gleichbedeutend mit Spezialnorm und solchen ist hier derogierende Kraft gegenüber dem HGB. eingeräumt (Hahn I, S. 93). Was aber zur Gültigkeit dieser Spezialnormen notwendig ist, damit sie objektives Recht erzeugen, ist nicht in Art. 5 entschieden, sondern dafür sind die

Digitized by Google

allgemeinen Grundsätze des Staatsrechtes maßgebend. Über die Frage, ob die Statuten derartiger öffentlicher Anstalten als autonomes, objektives Recht oder bloß als kontraktliche Festsetzungen anzusehen sind, vergl. Stubenrauch, S. 46; Pfaff-Hofmann, S. 263 und auch die Bemerkung bei Krainz-Ehrenzweig, § 290, N. 5 a. E. Die Praxis steht auf dem Boden der letzteren Ansicht (vergl. dazu AdlCl. 2189). Jedenfalls sind solche Statuten dann objektives Recht, wenn sie als integrierende Bestandteile eines Gesetzes publiziert sind, wie dies z. B. bei den Statuten der österreichisch-ungarischen Bank und der Bodenkreditanstalt der Fall ist (vergl. Stubenrauch und Pfaff-Hofmann a. a. O.).

§ 4. Zusatz. **Eine Ausnahme** von den Bestimmungen dieses Artikels bildet § 91, Abs. 2 der Statuten der **österreichisch-ungarischen Bank**, nach welchem die österreichisch-ungarische Bank nicht verpflichtet ist, ihre Firma oder die Firma ihrer Haupt- und Zweigniederlassungen handelsgerichtlich protokollieren zu lassen. Früher war die Eintragungspflicht der österreichischen Nationalbank Gegenstand wissenschaftlichen Streites (vergl. Stubenrauch, GZ. 1863, Nr. 138).

Artikel 6.

Eine Frau, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt (Handelsfrau), hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.

Dieselbe kann sich in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohltaten der Frauen nicht berufen.

Es macht hiebei keinen Unterschied, ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt.

Einleitung. Der Artikel bestimmt die **Gleichstellung der weiblichen mit den männlichen Personen** hinsichtlich der Voraussetzungen der Kaufmannsqualität und der kaufmännischen Rechte und Pflichten. Getroffen sind davon alle weiblichen Personen, seien sie ledig, verheiratet, geschieden oder Witwen, nur daß für die Ehefrauen in Art. 7 und 8 noch weitere Vorschriften gegeben sind.

Um die Gleichstellung durchzuführen, ist angeordnet:

§ 1. 1. (In Abs. 1) **im allgemeinen**, daß grundsätzlich in Bezug auf die Rechte und Pflichten, das heißt also in Bezug auf alle Rechtsverhältnisse die handeltreibende Frau dem handeltreibenden Manne gleichstehen soll. Sie soll selbstverständlich nicht besser gestellt sein als der Mann, so daß die Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt usw. auch auf sie Anwendung finden, aber die **durch das weibliche Geschlecht begründeten Schranken sollen für den Handelsbetrieb nicht gelten.** Dies nicht nur für den Bereich des HGB., sondern hinsichtlich aller Gesetze, welche privatrechtliche oder prozessuale Bestimmungen über die Kaufleute enthalten. Alle Rechtssätze, die für den Kaufmann aufgestellt sind, sei es im HGB. oder anderwärts, finden hienach, soweit sie sich auf den Handelsbetrieb beziehen, auch auf die Rechtsverhältnisse der Handelsfrau Anwendung. Das ist die Bedeutung dieses Satzes nach der Absicht des Gesetzgebers (P. 16) und nach richtiger Auslegung seiner Worte (vergl. v. Hahn, Behrend, § 34, Anm. 9). Dabei sind die Worte „in dem Handelsbetriebe" (es heißt nicht: in ihrem Handelsbetriebe) in dem vollen, aus den Vorschriften des HGB. sich ergebenden Umfange zu verstehen, insbesondere gelten auch für die Handelsfrau die Bestimmungen der Art. 272, letzter Absatz, 273 und

Digitized by Google

die Vermutung des Art. 274. Auch bezieht sich die Vorschrift auf den ganzen Handelsbetrieb, der auch zu Nicht-Handelsgeschäften, wie z. B. zur Veräußerung von Grundstücken führen kann (in dieser Beziehung anders Abs. 2). Alles dies aber gilt nur für die Frau, insofern sie gewerbsmäßig Handel treibt, ein Begriff, der im § 1, zu Art. 4 auseinandergesetzt ist. Der Artikel findet daher keine Anwendung auf die Beteiligung einer weiblichen Person als stille Gesellschafterin; hinsichtlich ihrer diesbezüglichen Einlagen könnte sie sich, wenn sie sonst nicht Handelsfrau ist, auf die eben bestehenden Rechtswohltaten der Frauen berufen (dagegen Puchelt, Anm. 5); anders jedoch bei der Beteiligung als Kommanditistin (Hahn, § 10; vergl. bei uns § 7 zu Art. 150).

2. (Abs. 2.) **Im besonderen** ist zur Vermeidung von Zweifeln über die Tragweite der Gleichstellung beider Geschlechter noch angeordnet, **daß die partikularrechtlichen Rechtswohltaten der Frauen für die Handelsfrauen nicht gelten.** Gedacht ist dabei vorzugsweise an das S. C. Vellejanum, die Authentica si qua mulier und die entsprechenden Nachbildungen der Landesgesetze, an die Geschlechtsvormundschaft, wo sie besteht, sowie an die aus dem ehelichen Güterrechte sich ergebenden Beschränkungen der Handlungsfähigkeit (z. B. §§ 98, 320, 389, II, 1 ALR.). Das österreichische Recht kennt keine für Frauen geltende Rechtswohltaten dieser Art (vergl. § 1349 ABGB.). Deshalb ist die in Abs. 2 dieses Artikels enthaltene Bestimmung in Österreich von keiner praktischen Bedeutung. § 2.

3. Abs. 3 ist nur eine Bestätigung des im § 1 zu Art. 4 entwickelten Begriffes des Betreibens der Handelsgeschäfte. § 3.

Artikel 7.

Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein.

Es gilt als Einwilligung des Mannes, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt.

Die Ehefrau eines Kaufmannes, welche ihrem Ehemanne nur Beihilfe in dem Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau.

Einleitung.

Der Artikel knüpft für die verheiratete Frau die Kaufmannsqualität an das Erfordernis des ehemännlichen Konsenses.[7]) Durch die Aufstellung dieses

[7]) § 2, Abs. 3 GewO. bestimmt: „Das Geschlecht begründet in Bezug auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe keinen Unterschied." Das Verhältnis dieser Gesetzesstelle zu Art. 7 HGB. ist in der Literatur bestritten. Heilinger (S. 68 und GH. 1896, Nr. 23) und Kulisch S. 213 erachten den Art. 7 durch § 2, Abs. 3 als die lex posterior derogiert. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Ob § 2 GewO., der bereits in der Fassung des Gesetzes vom Jahre 1859 enthalten war und in das an die Stelle des I., II., III., IV. und VI. Hauptstückes tretende Gesetz vom 15. März 1883, RGBl. Nr. 39, unverändert aufgenommen wurde, gegenüber Art. 7 HGB. als lex prior oder posterior anzusehen ist, erscheint vollkommen gleichgültig, da für das Verhältnis von handelsrechtlichen zu nichthandelsrechtlichen Normen die in Art. 1 festgesetzte Rangordnung und nur dann der Grundsatz der Priorität maßgebend ist, wenn die spätere nichthandelsrechtliche Norm die frühere handelsrechtliche zweifellos aufheben wollte (vergl. § 11 zu Art. 1 und GH. 1896 Nr. 29). Eine derartige ausdrückliche oder stillschweigende Aufhebung ist aber hier nicht erfolgt (Wien, GH. 1895, Nr. 52). Uns scheinen aber die beiden in Rede stehenden Gesetzesstellen gar nicht im Widerspruche miteinander zu stehen. Freilich nicht deshalb, weil Art. 7 nur eine Folge der Ehe und nicht des Geschlechtes regelt (wie Wien a. a. O. behauptet, hingegen mit Recht Kulisch S. 207.); Art. 7 setzt allerdings eine Folge des Geschlechtes fest, indem er nur die verheiratete Frau und nicht den

Digitized by Google

besonderen Erfordernisses stellt sich die Vorschrift als Ausnahme von Art. 6 dar. Der Konsens ist ein absolutes Erfordernis (Abs. 1), jedoch an keine Form gebunden (Abs. 2). In Abs. 3 ist noch zur Verdeutlichung hervorgehoben, daß eine nur hilfeleistende Frau keine Handelsfrau ist. Über die Voraussetzung des Begriffes „Ehefrau" entscheiden die für die Eheschließung und Ehescheidung maßgebenden Gesetze. Die getrennte Ehe gilt selbstverständlich nicht, ebensowenig die für nichtig erklärte. Der Scheidung von Tisch und Bett kommt nach der Anschauung der österreichischen Gesetzgebung nicht die gleiche Wirkung wie der Trennung zu; denn in der Regierungsvorlage zum EG. zum HGB. war die im § 6 ausgesprochene gerichtliche Konsenssupplierung (vergl. unten § 2) ausdrücklich nur für den Fall vorgesehen, daß die Ehegatten von Tisch und Bett geschieden waren, und die gegenwärtige Fassung erhielt § 6 erst über Antrag des Ausschusses, damit „auch im Falle der ehelichen Gemeinschaft der Wille des Mannes durch den Richter suppliert werden könne" (Stenogr. Prot. [1862] S. 3892). Es kann auch nicht eingewendet werden, daß die Scheidung von Tisch und Bett die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten löse, da das Erfordernis des ehemännlichen Konsenses nicht bloß in Hinsicht auf die gefährdeten Vermögensrechte des Mannes aufgestellt ist (Randa I, S. 71).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Der Konsens ist ein absolutes Erfordernis.**[8]) Von der Erwägung ausgehend, daß die Kaufmannsqualität neben weitgehenden Rechten auch große Gefahren und Verantwortlichkeiten mit sich bringt, oft auch unmittelbar für den Ehemann (vergl. Art. 8), ist dem letzteren, als dem Wächter der häuslichen Wohlfahrt, das Recht gegeben, durch die Erteilung oder Versagung seiner Einwilligung darüber zu bestimmen, ob seine Ehefrau die Rechte und Pflichten des Kaufmannes übernehmen soll.

a) **Der ehemännliche Konsens muß unter allen Umständen vorhanden sein,** sonst ist die Ehefrau keine Handelsfrau im Sinne des Art. 6. Auf die Gestaltung des in Frage kommenden ehelichen Güterrechtes kommt es dabei nicht an: auch wenn der Ehemann keine Rechte am Vermögen der Frau haben sollte, ist sein Konsens erforderlich. Doch wird er im Regelfalle vorausgesetzt und bedarf daher im Regelfalle keines besonderen Nachweises (HAG. Nürnberg in GZ. 20, S. 613)

---

verheirateten Mann trifft, und insofern steht er mit § 2, Abs 3 GewO., der auch im Falle der Verehelichung dem Geschlechte keinen Einfluß auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe einräumt, in scheinbarem Widerspruche. Dieser Widerspruch ist aber nur ein scheinbarer, da die beiden Gesetzesstellen zwar den gleichen Gegenstand, aber von verschiedenen Gesichtspunkten aus regeln. Während nämlich von der Zustimmung des Ehemannes im Sinne des Art. 7 HGB. die Qualität der Ehefrau als Handelsfrau, somit die Anwendung der an die Eigenschaft eines Kaufmannes im Sinne des HGB. geknüpften Bestimmungen abhängt, hat § 2 GewO. nur die Voraussetzungen im Auge, von denen ein nach der GewO. befugter Gewerbebetrieb abhängig ist, und die Wirkungen die nach der GewO. bei Ausübung eines befugten Gewerbebetriebes eintreten. Der gewerbsmäßige Betrieb von Handelsgeschäften seitens der Ehefrau, der hiezu die Zustimmung ihres Mannes fehlt, ist also nach der GewO. ein befugter Betrieb; nach der GewO. kann gegen sie nicht eingeschritten werden; die Bestimmungen derselben finden auf sie Anwendung, auch die Bestimmungen privatrechtlicher Natur z. B. die Vorschriften über das gewerbliche Hilfspersonale. Dagegen erlangt sie nicht die Eigenschaft einer Handelsfrau und die an dieselbe geknüpften Bestimmungen des HGB. finden keine Anwendung. Ihre Bücher beweisen nicht als Handelsbücher, ihre Angestellten sind keine Handlungsgehilfen usw. Gegen die Formulierung, daß § 2 GewO. nur die öffentlichrechtliche Seite Art. 7 HGB. bloß die privatrechtliche Seite des Gewerbebetriebes regeln (so Freund, GH. 1896, Nr. 24 und die vorige Auflage dieses Werkes) hat Kulisch S. 209 mit Recht Stellung genommen.

[8]) Der ehemännliche Konsens ist aber nicht immer ausreichend, um eine verheiratete Frau zur Handelsfrau zu machen. Ist sie z. B. bevormundet, so greifen außerdem dieselben Beschränkungen Platz wie beim Manne (vergl. § 6 zu Art. 4).

Digitized by Google

und muß vor Registrierung der Firma der Handelsfrau dem Registerrichter nicht nachgewiesen werden (Ullmann, WZ., 4. Bd., Note 50; a. M. Randa I, S. 73, dort weitere Literatur). Bedingungen und Befristungen, die dem Konsense beigefügt, sind wirksam, weil der Konsens immer und solange vorhanden ist, als der Mann den Handelsbetrieb der Frau duldet. Ist der Konsens nicht vorhanden, so hat die Ehefrau nicht Kaufmannsqualität, wenn sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. Es gelten z. B. in Ansehung ihrer nicht die Art. 272, Abs. 2, 273, 274, auch nicht Art. 28 und deshalb auch nicht die Strafbestimmung wegen unterlassener Buchführung (vergl. RG. in Strafsachen 26, S. 94). Dagegen berührt dies nicht den Begriff der Gewerbsmäßigkeit, wie er zur Annahme eines Handelsgeschäftes im Sinne von Art. 272 gehört (Puchelt-Förtsch, Anm. 3 a), und selbstverständlich können solche Ehefrauen auch absolute Handelsgeschäfte abschließen. Inwieweit sie sich, ohne Handelsfrauen zu sein, durch Handelsgeschäfte verpflichten können, richtet sich nach allgemeinen Rechtsregeln: die Eigenschaft des Geschäftes als Handelsgeschäft hat hierauf keinen Einfluß; da aber nach dem ABGB. die Verpflichtungsfähigkeit der Handelsfrau eine uneingeschränkte ist, so wird sie auch durch Handelsgeschäfte, gleichgültig ob sie dieselben mit oder ohne Einwilligung ihres Mannes abschließt, vollgültig verpflichtet, und insofern ist es richtig, zu sagen, daß die Frau die mangelnde Einwilligung zum Handelsbetriebe im allgemeinen Dritten nicht entgegensetzen kann (Krainz-Ehrenzweig, § 434, Note 7). Wenn aber die Bedingung für die Entstehung der gegen die Frau geltend gemachten Verpflichtung in deren Eigenschaft als Handelsfrau besteht, z. B. wenn deren Haftung als öffentliche Gesellschafterin in Anspruch genommen wird, dann ist bei Abgang des ehemännlichen Konsenses die Voraussetzung für die geltend gemachte Verpflichtung eben nicht gegeben, und es kann das Fehlen des Konsenses auch von der Frau selbst eingewendet werden (dagegen AdlCl. 1521). Die besondere Haftung aus Art. 8, Abs. 2 zessiert natürlich bei Mangel des ehemännlichen Konsenses.

b) **Der Konsens kann nach dem HG., auch wenn willkürlich verweigert, nicht ergänzt werden** durch Klage und Richterspruch. In den Beratungen ist diese Frage zwar bejaht, eine Feststellung im Gesetze aber ist unterblieben und die Entscheidung der Frage den Landesgesetzen überlassen (P. 17). § 2.

Das österreichische Recht hat eine **Ergänzung durch Richterspruch** zugelassen. § 6 EG. zum HGB. bestimmt hierüber:

„Die Bestimmungen des Art. 7 HGB., daß eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein könne, kommt mit der Maßgabe zur Anwendung, daß auf Ansuchen der Ehefrau die mangelnde Einwilligung des Ehemannes durch den Ausspruch des Richters ersetzt werden kann, wenn aus der ämtlich zu pflegenden Verhandlung sich ergibt, daß durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt werden."[9])

[9]) Ein bei den bezüglichen Beratungen im Abgeordnetenhause gestellter Antrag auf Aufnahme einer Bestimmung, daß die in Art. 7 geforderte Einwilligung vom Gesetze aus als erteilt anzusehen sei, durch die Art. 7 faktisch aufgehoben worden wäre, wurde abgelehnt (Pollitzer S. 55, Note 6).

Digitized by Google

α) Die richterliche Konsenssupplierung gilt nicht nur für den Fall der Scheidung von Tisch und Bett und der Abwesenheit des Ehegatten, sondern auch bei dem Bestande der ehelichen Gemeinschaft (siehe oben § 1) und bei ausdrücklicher Verweigerung des Konsenses seitens des Ehemannes (Pollitzer S. 53; Blaschke-Pitreich S. 16).

β) Der Richter darf die begehrte Konsenssupplierung nur erteilen, wenn er findet, daß die Rechte des Mannes nicht gefährdet sind. Unter den Rechten des Mannes sind aber nicht nur die Vermögensrechte gemeint. Um eine solche einschränkende Auslegung zu vermeiden, wurde über Antrag des Abgeordneten Herbst im § 6 der Regierungsvorlage das nach den Worten „Rechte des Mannes" enthaltene Zitat des Art. 8 HGB. gestrichen (Stenogr. Prot. [1862] S. 3896). Der Richter wird also auch auf gewisse persönliche Rechte des Mannes Rücksicht nehmen müssen, z. B. wenn die Frau infolge ihres Handelsbetriebes nach einem anderen Orte ziehen müßte oder wenn der Eintritt der Frau in eine Handelsgesellschaft eine Gefahr der Verletzung der ehelichen Treue mit sich bringen würde (Pollitzer S. 53; Blaschke-Pitreich S. 16; Anders, Familienrecht S. 102).

γ) Die richterliche Konsenssupplierung ist nicht mittels Klage, sondern mittels Gesuch im Wege des offiziosen Verfahrens zu erlangen. Dies erhellt aus den Worten „ämtlich zu pflegende Verhandlung". Durch eine derartige Redewendung wird nach dem Sprachgebrauche der österreichischen Gesetzgebung immer die Anwendbarkeit des offiziosen Verfahrens angedeutet (Nemethy, GZ. 1899, Nr. 49). Auf das Verfahren finden daher die Bestimmungen des KaisP. vom 9. Aug. 1854 Anwendung (Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 97). Rintelen (Die einstweilige Verfügung S. 19) will unter dem Gesichtspunkte des § 381, Z. 2 eine einstweilige Verfügung zulassen, durch die der Gattin eines den Konsens zum Handelsbetriebe verweigernden oder widerrufenden Ehemannes für die Dauer des außerstreitigen Verfahrens im Sinne des § 6 EinfG. die Befugnis zum Betriebe eines Handelsgewerbes erteilt wird, wenn nebst der Wahrscheinlichkeit, daß die Rechte des Mannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind, auch die Glaubhaftmachung vorliegt, daß mit dem Abwarten der rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens für die Frau ein unwiderbringlicher Schaden verbunden wäre. Der Ansicht[10]) kann nicht beigestimmt werden; die Entscheidung der Frage, ob jemand in einem bestimmten Zeitpunkte Kaufmann ist, kann nicht von einem zukünftigen Ereignisse, der im offiziosen Verfahren zu erlassenden Entscheidung, abhängig sein. § 382, Z. 8 EO. (Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes) kann nicht herangezogen werden; denn dort handelt es sich um einen tatsächlichen Zustand, dessen Herbeiführung im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet wird, hier aber um ein auf die Dauer be-

[10]) Das von Rintelen als Beleg angeführte Erkenntnis (RG. 35, S. 32) entscheidet, daß während des Ehetrennungsprozesses der Richter im Wege einer einstweiligen Verfügung der Ehefrau den Handelsbetrieb gestatten kann; die Gründe dieser Entscheidung, deren Richtigkeit für das damals geltende deutsche Recht dahin gestellt bleiben mag, treffen auf den im Texte erörterten Fall nicht vollkommen zu.

Digitized by Google

rechnetes Rechtsverhältnis, die Kaufmannseigenschaft der Ehefrau. Wie sollte es mit den in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtshandlungen, deren Gültigkeit und Wirksamkeit von der Kaufmannseigenschaft abhängig ist, gehalten werden, wenn der zuständige Richter rechtskräftig die Konsensssupplierung abgelehnt hat.

b) über die Zuständigkeit enthält § 6 EG. keine Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. § 2 zu Art. 3) wird zur Erteilung der Konsensssupplierung jenes (allgemeine) Bezirksgericht zuständig sein, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren gemeinschaftlichen Wohnsitz haben, und wenn die Ehegatten getrennt leben, das Bezirksgericht des Wohnortes der um richterliche Konsensssupplierung ansuchenden Ehegattin (Randa I, S. 72; Pisko, GH. 1900, Nr. 37). Die handelsgerichtliche Zuständigkeit ist schon deshalb ausgeschlossen, weil hier keine Handelssache, sondern eine rein familienrechtliche Angelegenheit zur richterlichen Entscheidung gelangt (Pollitzer S. 56; Pisko a. a. O.).

c) **Von der Einwilligung oder der richterlichen Ergänzung derselben kann auch nicht abgesehen werden, wenn der Mann die Frau böslich verlassen hat oder durch sonstige Abwesenheit oder durch Verhaftung oder durch Geisteskrankheit verhindert ist an der Erklärung des Konsenses** (hier weicht Behrend ab, desgleichen Puchelt-Förtsch, Anm. 3; auch Hahn § 4). Denn die Einwilligung ist vom HGB. und die richterliche Ergänzung derselben vom EG. absolut und ohne jede Einschränkung erfordert, ohne daß auf Schwierigkeiten bei der Erklärung oder Unmöglichkeit der Erklärung Rücksicht genommen ist (zust. Cosack S. 48; Allfeld S. 47). **Anders liegt der Fall, wenn der Mann bevormundet ist oder in väterlicher Gewalt steht** und zur wirksamen Erklärung des Konsenses die Mitwirkung des Vormundes oder des Vormundschaftsgerichtes notwendig ist. Denn hier liegt ein wirklicher ehemännlicher Konsens vor. § 3.

d) **Ohne die Einwilligung kann die Ehefrau nicht Handelsfrau „sein".** Sie kann es nicht werden, wenn sie es nicht war; sie kann es auch nicht bleiben, wenn sie es vor ihrer Verheiratung war, und hört auf es zu sein, wenn sie es als Ehefrau war und der Ehemann seinen Konsens zurückzieht (RG. 35, S. 32; Anders S. 102; Ullmann, WZ. 4. Bd., S. 141; Randa I, S. 72). Das letztere steht ihm ebenso willkürlich zu wie die Erteilung (P. 181), auch dann, wenn er ihn seiner Ehefrau durch Heiratsvertrag erteilt oder gar auf den Widerruf verzichtet hat (RG. 27, S. 4). Gegen grundlosen Widerruf steht der Frau nur das Rechtsmittel des § 6 EG. zu (vergl. oben § 2). Doch muß die Zurückziehung in offenkundiger Weise geschehen, um Wirkung gegen Dritte zu erlangen (vergl. § 5). Auch kann der Ehemann durch seinen Widerruf nur bewirken, daß der Handelsbetrieb der Frau aufhört, aber sich nicht ohne ihr Einverständnis an die Stelle der Frau setzen und das Geschäft und die Firma an sich reißen (RG. 27, S. 4). Der mangelnde oder entzogene Konsens bewirkt auch, daß die Frau eine Firma nicht oder nicht mehr führen darf, ihre Firma also nicht eingetragen werden kann, beziehungsweise gelöscht werden muß. Die Löschung gemäß Art. 26 zu beantragen, ist der Ehemann wohl befugt (vergl. § 1 zu Art. 26). § 4.

Digitized by Google

§ 5. 2. (Abs. 2.) **Der Konsens ist an keine Form gebunden**, er kann sogar stillschweigend erfolgen ROHG. 2, S. 97; 21, S. 216), dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Mann es weiß, daß seine Ehefrau Handel treibt, und er dagegen keinen Einspruch erhebt. über diesen **stillschweigenden Konsens** verhält sich Abs. 2. **Seine Voraussetzungen** sind:

a) **Daß der Ehemann von dem Handelsbetrieb der Ehefrau weiß.** Wissen müssen genügt nicht (ebenso Behrend; Puchelt-Förtsch, Anm. 7; Allfeld S. 50).

§ 6. b) Das **zweite Erfordernis** des stillschweigenden Konsenses ist, **daß er keinen Einspruch erhoben hat.** Als gültiger Einspruch ist aber nur ein gegen den Handelsbetrieb gerichteter offenkundiger zu betrachten. Ein nur der Frau gegenüber erklärter ist ebensowenig wirksam, wie ein bei einem bestimmten Handelsgeschäfte dem Gegenkontrahenten gegenüber erklärter, eine Willenserklärung der letzteren Art ist nicht einmal den Personen gegenüber wirksam, denen sie kundgetan ist (Behrend, § 35, Anm. 6; Pollitzer S. 56). Als offenkundiger Einspruch ist in den Beratungen (P. 830) die Schließung des Geschäftes genannt worden, Publikationen in den Zeitungen, Veranlassung der Firmenlöschung, Versendung von Zirkularen werden ebenfalls genügen. Eintragung in das Handelsregister ist nicht gerade vorgeschrieben. Doch dürfte Art. 25, Abs. 2 und 3 analog anzuwenden sein (Allfeld S. 50), und daraus folgt, daß, wenn die Firma eingetragen ist, auch der Einspruch handelsgerichtlich eingetragen, beziehungsweise die Firma gelöscht werden muß, wenn jeder Dritte den Einspruch gegen sich gelten lassen soll.

§ 7. 3. (Abs. 3.) Die hier zur Verdeutlichung hinzugefügte Bemerkung des Gesetzgebers folgt ebenso wie die Bemerkung in Abs. 3 zu Art. 6 schon aus dem Begriffe des Handelstreibens. Die bloß hilfeleistende Ehefrau ist uxor mercatoris, nicht femina mercatrix (vergl. § 1 zu Art. 4).

Zusatz: Nach § 5, Z. 1 BörsG. sind Personen weiblichen Geschlechtes vom Besuche einer Börse ausgeschlossen. Zum Besuche einer landwirtschaftlichen Börse sind jedoch Personen weiblichen Geschlechtes unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen (§ 6 Terminhandelsgesetz).

Artikel 8.

Eine Ehefrau, welche Handelsfrau ist, kann sich durch Handelsgeschäfte gültig verpflichten, ohne daß es zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung ihres Ehemannes bedarf.

Sie haftet für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen, an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemannes. Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht; ob zugleich der Ehemann mit seinem persönlichen Vermögen haftet, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

Einleitung. **Der Artikel beschäftigt sich mit der Gültigkeit und der Tragweite der von einer verheirateten Handelsfrau eingegangenen Verbindlichkeiten.**

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Gültigkeit der Verpflichtungen** versteht sich für das österreichische Recht von selbst. Nur mit Rücksicht auf die im 2. Absatze dieses

Digitized by Google

Artikels normierte besondere Tragweite dieser Verpflichtungen muß das Anwendungsgebiet des 1. Absatzes des Art. 8 festgestellt werden. Er bezieht sich nicht nur auf die Handelsgeschäfte, welche ihr Gewerbe mit sich bringt, sondern auf alle Handelsgeschäfte, so z. B. wenn eine Putzwarenhändlerin sich Wertpapiere kauft (P. 887 ff.; Behrend § 35, Anm. 22). Demgemäß kann die Ehefrau auch ihrem ursprünglichen Handelsgewerbe ein neues zulegen und es wird dieser neue Handelsbetrieb durch den ersten Konsens gedeckt (ebenso Willenbücher, Anm. 1; anders Puchelt-Förtsch Anm. 3; Allfeld S. 55, Anm. 5). Doch gilt es nicht nur für Handelsgeschäfte. Eine extensive Ausdehnung der Vorschrift auf solche Nichthandelsgeschäfte, welche mit dem Handelsbetriebe eng zusammenhängen, z. B. auf Weiterveräußerungen im Handwerksbetriebe (vergl. Allfeld S. 54), oder auf die Ladenmietung ist notwendig. Über die Frage, ob Handelsgeschäfte unter Ehegatten trotz des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, auch wenn es sich um Kauf-, Tausch-, Darlehens- oder Lieferungsverträge handelt, der notariellen Form bedürfen, vergl. § 5 zu Art. 317.

Daß unter Umständen das einzelne Geschäft der Handelsfrau einen anderen als den ehemännlichen Konsens zu seiner Gültigkeit erfordert, folgt aus dem in Note 2 zu Art. 7 Gesagten.

2. (Abs. 2.) **Die Tragweite der Verpflichtungen:** für die Handelsschulden haftet ihr ganzes Vermögen. **Für die Handelsschulden,** das heißt für Schulden aus dem Betriebe des Handelsgewerbes, nicht nur für Schulden aus Handelsgeschäften (vergl. K. Adler, Arch. f. bürgerl. Recht 3, S. 21). **Es haftet das ganze Vermögen.** Also auch das unbewegliche. Insbesondere stehen Rechte des Mannes an dem Vermögen, Verwaltung und Nießbrauch, dem Zugriffe der Handelsgläubiger nicht entgegen, wenn sie auch im übrigen nicht berührt werden; ja bei bestehender Gütergemeinschaft haftet sogar die gemeinschaftliche Masse (Hahn, § 4; Allfeld S. 56). § 2.

In seiner Anwendung auf das **österreichische** Zivilrecht führt Abs. 2 des Art. 8 zu folgenden Ergebnissen. § 3.

I. **Wenn keine Gütergemeinschaft besteht,** so werden durch die Tatsache, daß die Ehefrau mit Einwilligung des Ehemannes oder Supplierung derselben durch den Richter ein Handelsgewerbe betreibt, die Rechte des Ehemannes an dem Vermögen der Frau zwar nicht berührt, aber sie können von dem Ehemanne den Handelsgläubigern seiner Frau gegenüber nicht geltend gemacht werden (Blaschke-Pitreich S. 19). Daraus folgt, daß eine Forderung aus den Ehepakten von dem Ehemanne im Konkurse der Handelsfrau zwar angemeldet werden kann und dort klassifiziert werden muß, daß aber dasjenige, was auf diese Forderung aus der Konkursmasse der Ehefrau dem Manne zufällt, zu Gunsten der Handelsgläubiger verwendet werden muß (Ullmann, WZ., 4. Bd., S. 145). Die grundbücherliche Eintragung der Rechte des Ehemannes hat auf die Anwendung des Abs. 2 des Art. 8 keinen Einfluß (Ullmann a. a. O.).

Im einzelnen ist noch folgendes hinzuzufügen:

1. **Das Heiratsgut** einer Handelsfrau (soweit es aus deren Vermögen, nicht etwa dem ihrer Eltern stammt) haftet den Handelsgläubigern, gleichgültig ob der Ehemann nach dem ABGB. als Fruchtnießer (§ 1228) oder als Eigentümer des Heiratsgutes (§ 1227) anzusehen ist (Anders, Familienrecht, S. 156, Note 11; Ullmann a. a. O. S. 145). Denn gerade deshalb, um auch die nach den verschiedenen Landesrechten als Eigentumsrechte aufgefaßten Rechte des Ehemannes an den Dotalsachen § 4.

Digitized by Google

zu treffen, wurden in Art. 8 die Worte „oder die sonstigen an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte" aufgenommen (Prot. S. 891; Blaschke-Pitreich S. 19).

§ 5. 2. **Die praesumptio Muciana** des § 1237 ABGB. ist durch Art. 8 nicht berührt, da diese Vermutung dem Ehemanne kein Recht am Vermögen seiner Frau verschafft, sondern nur die Geltendmachung eines bestehenden Rechtes erleichtert (Ullmann a. a. O. S. 144).

§ 6. 3. Dagegen ist der Mann einer Handelsfrau, der deren **Vermögen verwaltet**, den Handelsgläubigern gegenüber nicht von der Rechnungslegung befreit, da das aus dem gesetzlichen Verwaltungsrechte herrührende lucrum gemäß Art. 8 den Handelsgläubigern gehört (Ullmann a. a. O. S. 143; Anders a. a. O. S. 156, Note 13, ähnlich Randa I, S. 72, Nr. 126).

§ 7. 4. Das Recht aus einem **Erbvertrage** und das **Adnitalitätsrecht** (§ 1255 ABGB.) können mit den Rechten der Handelsgläubiger überhaupt nicht konkurrieren, da sich diese Rechte bloß auf den freivererblichen aktiven Nachlaß beziehen (Ullmann S. 132; Anders S. 156). Hat aber der Mann gemäß § 1256 ABGB. durch grundbücherliche Einverleibung des Adnitalitätsrechtes ein nach dem ABGB. unentziehbares Recht der Anwartschaft auf ein unbewegliches Gut erlangt, so kann er dieses Recht den Handelsgläubigern seiner Frau gegenüber nicht geltend machen (Ullmann und Anders a. a. O.).

§ 8. 5. Durch einen Vertrag über eine **Gütergemeinschaft auf den Todesfall** können Rechte des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau begründet werden. Diese Rechte können nicht zum Nachteile der Handelsgläubiger geltend gemacht werden (ausführliche Begründung und Beispiele bei Kafka, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall, S. 278, vergl. § 6 zu §§ 16, 17 EinfG.). Hat die Ehefrau mit den Wirkungen des § 1236 ABGB. eine ihr früher allein gehörende Liegenschaft der Gütergemeinschaft gewidmet, so kann der Ehemann das ihm hieraus nach dem ABGB. erwachsene Recht gegenüber den Handelsgläubigern nicht geltend machen (Anders S. 157, Note 18; Randa I, S. 72, Nr. 126).

§ 9. II. **Soweit Gütergemeinschaft besteht, haftet das gemeinschaftliche Vermögen.** Hiebei ist jedoch nach österreichischem Rechte zwischen Gütergemeinschaft auf den **Todesfall** und Gütergemeinschaft unter **Lebenden** zu unterscheiden:

1. **Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall** (§ 1234 ABGB.) will ein wirkliches gemeinschaftliches Vermögen nicht schaffen (Krainz-Ehrenzweig § 446, Note 3). Jeder Ehegatte bleibt sowohl innerhalb als außerhalb des Konkurses Subjekt der von ihm kontrahierten Schulden (Anders S. 143; vergl. Ofner II, S. 143). Auf eine solche bloß bedungene Gütergemeinschaft, sei sie eine allgemeine oder partikuläre, ist Art. 8 nicht anwendbar, der nur an eine materielle Gütergemeinschaft denkt (Ullmann S. 147; Anders S. 157, Note 16; Kafka Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall, S. 278, dagegen K. Adler, WZ. 34, S. 492). Auch in § 1235 ABGB. ist keine Haftung gegenüber den Gläubigern ausgesprochen, sondern nur das Verhältnis zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen geregelt.

Digitized by Google

2. **Die Gütergemeinschaft unter Lebenden** kann entweder eine allgemeine oder partikuläre sein.

a) Eine allgemeine Gütergemeinschaft begründet schon nach bürgerlichem Rechte eine solidarische Haftung beider Ehegatten für die von einem derselben kontrahierten Schulden (Anders S. 146; Krainz-Ehrenzweig § 436, Note 22; vergl. auch K. Adler, Gesellschaftsrecht, S. 8, dagegen GlU. 16.065, 15.042). Für diesen Fall enthält also Art. 8 keine Abweichung vom allgemeinen Zivilrechte.

b) Ist die Gütergemeinschaft eine bloß partikuläre, so kann sie sich entweder bloß auf das künftige Vermögen, oder bloß auf das erworbene (entgeltlich und unentgeltlich erworbene) Vermögen, oder bloß auf das entgeltlich erworbene Vermögen (also entsprechend dem deutschrechtlichen Begriffe der Errungenschaftsgemeinschaft) beziehen, nicht aber auf einzelne Objekte; denn dann läge bloß eine Sachgemeinschaft, keine Gütergemeinschaft, kein Ehepakt vor (Anders S. 141; vergl. Behrend S. 182).

Bei einer partikulären Gütergemeinschaft greift nach bürgerlichem Rechte eine Gemeinschaftlichkeit der Schulden nicht Platz. Für die Schulden eines jeden Ehegatten haftet sein Sondergut und seine Quote am Gesamtgute (Krainz-Ehrenzweig § 436; Anders S. 146). Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch nach bürgerlichem Rechte bei partikulärer Gütergemeinschaft das Gesamtgut für von einem Ehegatten kontrahierte Schulden haften kann; wann dies aber der Fall ist, richtet sich nicht nach § 1235 ABGB., der bloß das Verhältnis zwischen den Ehegatten regelt, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Gesellschaftsverträge (siehe z. B. § 1201 ABGB.; vergl. Ullmann S. 116, und dagegen Anders S. 146). Den Handelsgläubigern der Ehefrau haftet aber stets das Gesamtgut. Liegen aber die Voraussetzungen vor, daß das Gesamtgut auch den anderen Gläubigern nach dem ABGB. haftet, so müssen mit den letzteren die Handelsgläubiger konkurrieren (Blaschke-Pitreich S. 19; Sponner GZ. 1896, S. 276).

Die Gültigkeit der Ehepakte ist von der Beobachtung der im § 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, vorgeschriebenen notariellen Form abhängig. Sind die Ehepakte mangels Beobachtung dieser Form nichtig, so sind jene Vermögensbestandteile des Vermögens der Ehefrau, die durch die ungültigen Ehepakte in das Vermögen des Ehemannes hätten übergehen sollen, dem Zugriffe der Handelsgläubiger und der gemeinen Gläubiger der Ehefrau in gleicher Weise zugänglich, während bei Gültigkeit der Ehepakte diese Vermögensbestandteile eine bloß zur Befriedigung der Handelsgläubiger verwendbare Masse gebildet hätten. In dieser Hinsicht kann also die erwähnte Formvorschrift zu einer empfindlichen Schädigung der Handelsgläubiger führen (Ullmann S. 148). Z. B. können die Handelsgläubiger die Haftung des Gesamtgutes nach Art. 8 nur dann in Anspruch nehmen, wenn über die vereinbarte Gütergemeinschaft ein Notariatsakt errichtet wurde. **§ 10.**

Die Geltendmachung der den Handelsgläubigern nach Art. 8 zustehenden Rechte erfolgt im Konkurse der Handelsfrau in der Weise, daß der Massenverwalter das gesamte Vermögen der Ehefrau (Sondergut und Gesamtgut) dem Konkurse zuführt und aus jenen Vermögensteilen, auf welche sich den gemeinen Gläubigern gegenüber wirksame

Digitized by Google

Rechte des Ehemannes aus der Ehe oder den Ehepakten beziehen, eine Spezialmasse bildet, welche allein den Handelsgläubigern für ihren Ausfall, den sie bei der Generalmasse erlitten haben, haftet (Ullmann S. 143; R. Pollak S. 296). Forderungen des Ehemannes aus den Ehepakten, beziehungsweise aus den durch die Ehe begründeten Rechten können im Konkurse zwar geltend gemacht werden, was aber hieraus dem Manne aus dem Vermögen der Frau zufällt, bildet eine vorerst zur Befriedigung der Handelsgläubiger dienende Spezialmasse (vergl. oben § 3).

§ 12. **Außerhalb des Konkurses** kann auf Grund eines gegen die Frau erwirkten Exekutionstitels die Zwangsvollstreckung nur in deren Vermögen erfolgen (§ 7 EO.). Will der Handelsgläubiger auch auf Vermögensstücke greifen, die durch Ehepakte oder durch die Ehe aus dem Vermögen der Frau in das des Mannes übergegangen sind, so bedarf es einer besonderen Klage gegen den Ehemann (Pollitzer S. 57).[11]) Die gegen den Ehemann anzustrengende Klage ähnelt der nach § 35 AnfG., mit welcher Anfechtungsansprüche außerhalb des Konkurses geltend gemacht werden. Mit beiden Klagen wird die Haftung eines Dritten hinsichtlich eines Vermögensobjektes in Anspruch genommen, das auf Grund eines an sich gültigen und nur gegen den Kläger (sohin relativ) unwirksamen Rechtsgeschäftes oder Rechtsverhältnisses aus dem Vermögen des Schuldners in das des Beklagten übergegangen ist. Wird bei partikulärer Gütergemeinschaft die Haftung des gemeinschaftlichen Gutes in Anspruch genommen, so kann die Klage gegen beide Ehegatten zugleich angestrengt werden, das Klagebegehren ist aber gegen den Ehemann nur auf Verurteilung, soweit das gemeinschaftliche Vermögen reicht, zu richten (vergl. Krainz-Ehrenzweig § 436, Note 21). Bei allgemeiner Gütergemeinschaft tritt ohnehin — wie bereits erwähnt — solidarische Haftung beider Ehegatten für die Schulden eines von ihnen schon nach bürgerlichem Rechte ein.

§ 13. **Gegen die Aufhebung der Gütergemeinschaft** steht einem Dritten kein Einspruchsrecht zu (vergl. Glu. 4183, 16.065); auch können von den zur Zeit der Auflösung der Gütergemeinschaft bereits bestehenden Handelsgläubigern die ehemals gemeinschaftlichen Objekte nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden, da Art. 8 kein dingliches Recht gewährt, sondern eine bestehende Gütergemeinschaft voraussetzt. Es kann aber unter Umständen der Dissolutionsvertrag nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes angefochten werden (so R. Pollak S. 295, Note 25).

§§ 16 und 17 EG. zum HGB.

§ 16. Die der Ehefrau eines Kaufmannes, dessen Firma in dem Handelsregister eingetragen ist, durch die Ehepakte eingeräumten Vermögensrechte sind — um den Handelsgläubigern gegenüber wirksam zu sein — gleichfalls Gegenstand der Eintragung in das Handelsregister, die Ehepakte mögen schon vor oder erst nach der Eintragung der Firma geschlossen worden sein.

Diese Rechte sind den gedachten Gläubigern gegenüber erst von dem Tage wirksam, an welchem die Eintragung der Ehepakte in das Handels-

[11]) Anders jetzt nach § 741 d. ZPO.

Digitized by Google

register bei demjenigen Handelsgerichte stattgefunden hat, in dessen Bezirk die Handelsniederlassung ihren Sitz hat.

Die Wirksamkeit dieser Eintragung gegen dritte Personen tritt ein, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben von dieser Eintragung Kenntnis erlangt haben oder nicht.

Im Falle eines Konkurses stehen die erwähnten Rechte der Ehefrau den schon vor dem Tage der Eintragung begründeten Forderungen der Handelsgläubiger des Ehemannes in Ansehung des gesamten Vermögens desselben nach.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen finden auch auf jede Änderung der Ehepakte Anwendung, dieselbe mag einverständlich oder auf Grund eines richterlichen Ausspruches erfolgt sein.

Was hier vorgeschrieben ist, gilt auch bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter einer in das Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaft.

§ 17. Über den Inhalt, sowie über die Änderung der Ehepakte, muß eine notariell oder gerichtlich beglaubigte Urkunde oder ein rechtskräftiges Erkenntnis beigebracht sein. Die bezüglichen Urkunden sind in beglaubigter Abschrift bei dem Handelsgerichte aufzubewahren.

In das Handelsregister ist nur das Datum der Ehepakte oder der Änderungen, der Name, Vorname, Stand, Wohnort der Ehegatten und der Tag der Eintragung anzumerken.

Auf diese Angaben hat sich auch der Inhalt der Veröffentlichung zu beschränken.

Die Ehefrau ist berechtigt, die Eintragung der Ehepakte zu verlangen und zu diesem Zwecke, sofern dieselben noch nicht notariell oder gerichtlich beglaubigt wären, den Mann hiezu zu verhalten.

§ 1. Während Art. 8 HGB. Bestimmungen über das Verhältnis der Handelsgläubiger einer Frau zu deren Ehemann trifft, regelt § 16 EG. die rechtlichen Beziehungen der Handelsgläubiger eines Kaufmannes zu dessen Ehegattin, indem § 16 den Grundsatz aufstellt, daß die der Ehefrau eines registrierten Kaufmannes aus den Ehepakten zustehenden Rechte gegenüber den Handelsgläubigern ihres Mannes ohne vorherige Eintragung der Ehepakte ins Handelsregister nicht wirksam sind.

§ 2. 1. **Wessen Gläubiger werden durch § 16 EG. gegen Ansprüche der Ehefrau geschützt?** Nur die Gläubiger eines Kaufmannes, dessen Firma ins Handelsregister eingetragen ist, oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft, nicht die Rechte der Gläubiger eines stillen Gesellschafters, Kommanditisten, Minderkaufmannes, Teilhabers einer Kleinhandelsgesellschaft, daher werden die Rechte der Ehefrau eines solchen Kaufmannes durch den Gewerbebetrieb ihres Ehegatten überhaupt nicht berührt. Es genügt auch nicht, daß der Kaufmann oder die offene Handelsgesellschaft, der er als Gesellschafter angehört, gemäß § 7 zur Firmenregistrierung verpflichtet ist; die Anwendung der §§ 16 und 17 EG. setzt die tatsächliche Eintragung der Firma voraus (vergl. Zusatz 2 zu Art 10).

Digitized by Google

§ 3. 2. **Gegen welche Ansprüche der Ehegattin werden die Handelsgläubiger geschützt?** Nur gegen Ansprüche aus Ehepakten, nicht auch gegen Ansprüche aus Rechten, die der Ehefrau unmittelbar aus der Ehe gegen den Ehemann zustehen. In dieser Hinsicht ist der Schutz der Handelsgläubiger nach § 16 EG. weit geringer als der nach Art. 8 HGB. Andrerseits bezieht sich § 16 EG. auf alle Rechte, die der Ehefrau aus den Ehepakten zustehen, auch wenn sich diese Rechte auf das eigene Vermögen der Ehefrau beziehen, während Art. 8 nur von Rechten spricht, die dem Ehemanne an dem Vermögen der Ehefrau zustehen (Ullmann S. 129).

§ 4. 3. **Der den Handelsgläubigern gewährte Schutz besteht darin,** daß gegenüber denselben die der Frau aus den Ehepakten zustehenden Rechte nur bei Eintragung der Ehepakte oder der nachträglichen Änderungen derselben ins Handelsregister und erst von dem Zeitpunkte der Eintragung an wirksam sind; hiebei ist es ganz gleichgültig, ob die Ehepakte vor oder nach der Registrierung der Firma abgeschlossen wurden.

§ 5. 4. **Unter welchen Voraussetzungen** verleiht die Registrierung der Ehepakte denselben Wirksamkeit gegen die Handelsgläubiger?

a) Die Registrierung muß bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung erfolgen. Sie wirkt dann auch für etwaige Zweigniederlassungen, und zwar von dem Tage an, der als Tag der Eintragung angegeben ist; auf den Tag der Kundmachung kommt es nicht an (vergl. Stenogr. Prot. [1862] S. 3903; Ullmann S. 127).

b) Der Inhalt der Eintragung und der demselben gleiche Inhalt der Veröffentlichung ist in § 17, Abs. 2 bestimmt.

c) Selbstverständlich müssen die Ehepakte, um überhaupt von Wirksamkeit zu sein, in der für ihre Gültigkeit vorgeschriebenen Form abgefaßt sein. Da diese Form nach § 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1871 in der Errichtung eines Notariatsaktes besteht, so ist die Bestimmung des § 17, Abs. 1 und 4, daß die Ehegattin berechtigt ist, vom Ehemanne die Ausstellung einer notariellen Urkunde über die Ehepakte zu verlangen, gegenstandslos. Über die Form der Anmeldung vergl. § 1, lit. e zu Art. 12.

d) Keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Ehepakte gegen die Handelsgläubiger bildet die Tatsache, daß dieselben von der Eintragung Kenntnis erlangt haben. Die Wirksamkeit der Eintragung tritt auch gegen diejenigen ein, welche sich hinsichtlich derselben in schuldloser Unkenntnis befinden (§ 16, Abs. 3).

§ 6. 5. **Die Folgen der unterlassenen oder verspäteten Registrierung** bestehen darin, daß die Ehepakte gegenüber allen oder gegenüber denjenigen Handelsgläubigern unwirksam sind, deren Forderungen am Tage der Registrierung bereits bestanden haben. Ob die aus den Ehepakten der Frau zustehenden Rechte grundbücherlich eingetragen sind, ist belanglos, sofern nicht Dritte im Vertrauen auf das öffentliche Buch weitere Rechte erworben haben (Anders S. 156; Ullmann S. 156; AdlCl. 957, 1797 [erste Instanz]; dagegen Canstein I, S. 198). Gewisse Rechte aus den Ehepakten können mit den Handelsgläubigern des anderen Ehegatten überhaupt nicht kollidieren; hieher gehört das Recht aus einem Erbvertrage und das Adnitalitätsrecht (vergl. § 7 zu Art. 8). Widerlage und Morgengabe sind Schenkungen (Krainz-Ehrenzweig § 444), kommen daher im Konkurse ohnehin erst in der fünften Klasse nach Befriedigung der gewöhnlich in der dritten und vierten Klasse rangierenden Handelsgläubiger zum Zuge (Ullmann

Digitized by Google

S. 132). In Ansehung dieser Ehepakte ist also § 16 EG. nur praktisch, wenn ausnahmsweise die Forderungen der Handelsgläubiger auch aus Schenkungen herrühren (vergl. über diese Möglichkeit R. Pollak S. 186, und § 8 zu Art. 273). Dagegen tritt bei unterlassener Registrierung gegenüber den Handelsgläubigern Unwirksamkeit der Heiratsgutsforderung der Ehefrau ein, auch wenn das Heiratsgut aus dem eigenen Vermögen der Frau stammt (vergl. oben § 2; Ullmann Note 79; AdlCl. 1797). Der OGH. (GlU. 1824) hat unter Hinweis auf §§ 16 und 17 EG. den Anspruch der Ehegattin gegen die Konkursmasse ihres Gatten auf Rückstellung eines als Heiratsgut ohne Aufnahme eines Notariatsaktes gegebenen Barbetrages abgewiesen; der entgegengesetzten Entscheidung der unteren Instanz, die in dem Anspruche der Ehegattin bloß eine condictio sine causa und keinen Anspruch aus einem Ehepakte erblickte, ist zuzustimmen. Dagegen bleibt der Anspruch auf den Genuß des Heiratsgutes, soweit er gemäß § 1260 ABGB. überhaupt gegen die Konkursmasse des Ehemannes erhoben werden kann, auch gegenüber den Handelsgläubigern wirksam, da er nicht auf den Ehepakten, sondern auf dem Gesetze beruht (Ullmann S. 135).[12])

Eine besondere, z. B. eine bloß das gegenwärtige Vermögen betreffende Gütergemeinschaft auf den Todesfall kann mit den Rechten der Handelsgläubiger des Ehemannes dadurch in Kollision geraten, weil die im Konkurse wirksam werdende Gütergemeinschaft auf den Todesfall auch einen Anspruch des nicht im Konkurse befindlichen Ehegatten gegen die Konkursmasse erzeugen kann, nämlich dann, wenn die im Vermögen des in Konkurs geratenen Ehegatten befindlichen, unter die Gütergemeinschaft fallenden Aktiven seine der Gütergemeinschaft zu unterziehenden Passiven übersteigen, während bei der Ehegattin das Gegenteil stattfindet; auf Grund des Vertrages über die Gütergemeinschaft auf den Todesfall entsteht ein Anspruch der Ehegattin gegen die Konkursmasse des Ehemannes, der allen Konkursgläubigern, daher auch den Handelsgläubigern, deren Forderung vor Registrierung der Ehepakte entstanden waren, zum Nachteile gereicht[13]) (so mit eingehender Begründung Kafka S. 275; a. M. Anders S. 157; Ullmann S. 132 und unsere vorige Auflage).

Ist das Recht „zur Gemeinschaft" gemäß § 1236 ABGB. in das öffentliche Buch eingetragen, so kann in dem Falle, als früher die Frau Alleinbesitzerin der Liegenschaft war, § 16 EG. überhaupt nicht praktisch

[12]) Die Bestimmung des § 49 KO., daß die vor Eröffnung des Konkurses abgegebene Bestätigung des Ehemannes, das Heiratsgut empfangen zu haben, um zu Gunsten der Frau gegen die Konkursmasse einen Beweis zu machen, zur Zeit der Empfangnahme des Heiratsgutes oder spätestens ein Jahr vor Konkurseröffnung erfolgt sein muß, ist auch im kaufmännischen Konkurse anwendbar (R. Pollak, Konkursrecht S. 108; Krainz-Ehrenzweig § 438, Note 31, und vollkommen überzeugend Schimm, JBl. 1895, Nr. 21 und 22; dagegen GlU. 15.246, 8331, AdlCl. 660). Tilsch S. 283 erklärt den § 49 KO. als eine Beweisvorschrift durch die ZPO. für aufgehoben; hingegen bemerkt Randa I, S. 114, daß § 49 KO. keine Beweisregel sondern eine materiellrechtliche durch Art. VII, Z. 3, EG. zur ZPO. aufrecht erhaltene Vorschrift enthalte (ebenso Schauer, N. 3 zu Art. VII EG. zur ZPO.).

[13]) Kafka führt folgendes Beispiel an: Zwischen A und seiner Gattin B besteht Gütergemeinschaft bezüglich des gegenwärtigen Vermögens für den Todesfall. Über A wird Konkurs eröffnet. Die Gemeinschaftsaktiven des A betragen 5000 K, seine Gemeinschaftspassiven 3000 K. Die Gemeinschaftsaktiven der B betragen 2000 K, ihre Gemeinschaftspassiven 3000 K. Der B steht gegen die Konkursmasse des A ein Anspruch auf 1500 K zu. Dann ist der Überschuß zwischen den gesamten Gemeinschaftsaktiven (7000 K) und den gesamten Gemeinschaftspassiven (6000 K) geteilt.

Digitized by Google

werden; es kann vielmehr die Konkursmasse des Ehemannes wie im Falle des Todes den Anspruch auf Teilung gemäß § 1262 ABGB. geltend machen und erhält die dem Ehegatten vorbehaltene Hälfte ins freie Eigentum, die aber dann gleichmäßig zur Befriedigung der Handelsgläubiger und der gemeinen Gläubiger verwendet wird. § 16 EG. kommt nur dann zur Anwendung, wenn früher der Mann Alleineigentümer der der Gemeinschaft gewidmeten Liegenschaft war, indem die Frau den Teilungsanspruch als ein aus den Ehepakten entspringendes Recht gegen die Konkursmasse des Ehemannes nur nach Maßgabe des § 16 EG. geltend machen kann (Anders S. 157; Ullmann S. 135). Was die Gütergemeinschaft unter Lebenden anbelangt, so kann die Frau auf Grund derselben keinen Anspruch auf Herausgabe von Vermögensbestandteilen gegen die Konkursmasse des Ehemannes, zum Nachteile der Handelsgläubiger stellen (Ullmann S. 157; Anders S. 132).

§ 7. 6. Ansprüche aus den Ehepakten **kann die Frau zwar im Konkurse des Ehemannes geltend machen**; sie müssen auch klassifiziert werden; was jedoch der Ehefrau hieraus zufällt, erhalten die Handelsgläubiger des Ehemannes zur Deckung ihres Ausfalles. Diesbezüglich bestimmt § 50 KO.: „Inwiefern die der Ehefrau eines Kaufmannes aus den Ehepakten zustehenden Ansprüche, um gegen die Handelsgläubiger des Ehemannes wirksam zu sein, der Eintragung in das Handelsregister bedürfen, wird durch das Handelsrecht bestimmt.

Die Ehegattin eines Kaufmannes, deren Ehepakten in dem Handelsregister eingetragen sind (§ 16 EG. zum HGB.), hat den dieser Eintragung vorangehenden Handelsgläubigern jenen Mehrbetrag, welcher ihnen aus der Konkursmasse ihres Ehegatten zur Bezahlung ihrer Forderung ohne Rücksicht auf die Ehepakte zugekommen wäre, aus der ihr auf Grund der Ehepakte zukommenden Bezahlung zu ersetzen" (vergl. R. Pollak S. 186).

§ 8. 7. **Zur Eintragung der Ehepakte besteht gegenüber dem Registerrichter keine Verpflichtung** (vergl. § 3 zu Art. 12), wohl aber steht der Ehefrau ein Recht gegen den Ehemann auf Eintragung der Ehepakte zu (§ 17, Abs. 4), und die Geltendmachung dieses Rechtes ist von der Zustimmung der Mitgesellschafter des Ehemannes unabhängig (AdlCl. 1434).

Artikel 9.

Eine Handelsfrau kann in Handelssachen selbständig vor Gericht auftreten; es macht keinen Unterschied, ob sie unverheiratet oder verheiratet ist.

§ 1. 1. Die Bedeutung der Vorschrift geht nicht so weit, wie ihr Wortlaut annehmen läßt. Denn in Wahrheit kann eine Handelsfrau nicht durchweg selbständig vor Gericht auftreten, sie unterliegt nur keinen anderen Beschränkungen als männliche Personen. Ist sie aber z. B. minderjährig oder bevormundet, so unterliegt auch ihre persona standi in judicio den hiedurch bedingten Beschränkungen.

§ 2. 2. Die Handelsehefrau insbesondere ist wie jede andere Person so weit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann (§ 1 ZPO.). Da nun die Rechte des Ehemannes an ihrem Vermögen die Kraft ihrer Verpflichtungen nicht einschränken, so bewirken sie auch keine Minderung an ihrer Prozeßfähigkeit in Bezug auf die durch ihren Handelsbetrieb entstandenen Rechtsverhältnisse (Art. 8, Abs. 2). Auch die Ehefrau, die

Digitized by Google

gewerbsmäßig ohne Einwilligung ihres Mannes Handelsgeschäfte betreibt, ist nach bürgerlichem Rechte, ohne daß die Qualität der Geschäfte als Handelsgeschäfte von Einfluß wäre, verpflichtungsfähig (vergl. § 1 zu Art. 7), daher auch prozeßfähig (Skedl S. 15). Nur finden auf sie jene Vorschriften der Prozeßgesetze keine Anwendung, die die Kaufmannsqualität voraussetzen (z. B. die Bestimmungen über die handelsgerichtliche Kompetenz).

3. Die Postulationsfähigkeit der Handelsfrau ist durch diesen Artikel nicht erweitert. Daher ist auch die Handelsfrau in Handelsstreitigkeiten, soweit nicht die Ausnahme des § 449 ZPO. Platz greift, nicht als Prozeßbevollmächtigte zuzulassen. § 3.

Artikel 10.

Die Bestimmungen, welche dieses Gesetz über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung. Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, im Falle es erforderlich erscheint, diese Klassen genauer festzustellen.

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen, oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen.

Einleitung.

Der Artikel trifft einschränkende Bestimmungen für einzelne Arten von Kaufleuten und statuiert so den Begriff der **Minderkaufleute** (welcher Ausdruck vorzuziehen ist der gleichfalls üblichen Bezeichnung Kaufleute minderen Rechtes, da es sich auch um mindere Pflichten handelt).

Art. 10 ist für das österreichische Recht seinem vollen Inhalte nach durch § 7 EG. zum HGB. ersetzt worden. Derselbe lautet in der durch **die KaisV. vom 11. Juli 1898, RGBl. Nr. 124**, festgestellten Fassung:

Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura haben, mit Ausschluß der Hausierer, auf alle Kaufleute Anwendung zu finden, welche von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe an einjähriger staatlicher Erwerbsteuer in Orten mit einer Bevölkerung von mehr als 100.000 Einwohnern wenigstens 60 fl., in Orten mit einer Bevölkerung von mehr als 10.000 und nicht über 100.000 Einwohnern wenigstens 40 fl., und in Orten mit einer Bevölkerung von nicht über 10.000 Einwohnern wenigstens 25 fl. zu entrichten haben oder deren Geschäftsbetrieb nach seinem Umfange das erwähnte Steuermaß begründen würde, falls sie von deren Entrichtung nicht befreit wären.

Digitized by Google

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

§ 1. I. **Die Sonderbestimmungen über Minderkaufleute.** Sie bestehen darin, daß für einen näher bestimmten **Kreis** von Kaufleuten die Geltung einer Reihe von **handelsrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen ist.**

§ 2. 1. **Der Kreis der Minderkaufleute.** Derselbe ist in Art. 10 HGB. enger gezogen als es der Anschauung des Volkes entspricht. Nach der Anschauung des Volkes, die sich nicht selten auch in den Entscheidungen der Gerichte wiederspiegelt, gilt als Minderkaufmann jeder, dessen Gewerbebetrieb einen geringen Umfang hat. § 7 EG. kommt den Anschauungen des Volkes insofern näher, als bis auf einen einzigen Fall nicht die Gattung des Betriebes, sondern die Höhe der Steuerleistung entscheidet. Dieselbe steht naturgemäß mit dem Umfange des Betriebes im Zusammenhange, und so ist letzterer allerdings mittelbar für die Vollkaufmannsqualität entscheidend. Der Maßstab, den das Gesetz hier anlegt, ist eben ein abstrakter und kein konkreter. Daher kommt es, daß in einzelnen Fällen trotz der geforderten Höhe der Steuerleistung der Umfang des Gewerbebetriebes ein so geringer ist, daß die im Verkehre bestehende Anschauung sich dagegen wehrt, den Unternehmer als Kaufmann anzuerkennen (vergl. Zusatz 1). — Da das hervortretendste Merkmal der Vollkaufmannseigenschaft in der Pflicht, beziehungsweise dem Rechte zur Firmenregistrierung besteht, so pflegt in der Ausdrucksweise des kaufmännischen Verkehres und der Judikatur, wenn die Anwendbarkeit der den Vollkaufleuten vorbehaltenen Bestimmungen in Frage steht, zwischen **protokollierten** und **nichtprotokollierten** Kaufleuten unterschieden zu werden. Diese Ausdrucksweise ist ungenau und irreführend; denn die Anwendbarkeit der im § 7 EG. den Vollkaufleuten vorbehaltenen Bestimmungen ist nicht von der Tatsache der Firmenregistrierung, sondern lediglich von den in dieser Gesetzesstelle angegebenen Voraussetzungen abhängig. Das Vorhandensein der letzteren hat daher der Prozeßrichter, wenn die Vollkaufmannsqualität für die Entscheidung erheblich ist, selbständig zu prüfen, ohne an die anläßlich der Firmeneintragung vom Registerrichter vorgenommenen Feststellungen gebunden zu sein. Richtig hat daher der Kassationshof in der (bei Manz IV, Note 46 zu § 486 StG.) mitgeteilten Entscheidung vom 5. Juli 1879 ausgesprochen, daß die Buchführungspflicht schon dann, wenn der Geschäftsbetrieb ein bestimmtes Steuermaß begründet, und nicht erst mit der faktischen Firmenregistrierung beginnt. In manchen Fällen wird allerdings vom Gesetze nicht die Vollkaufmannsqualität, sondern ausdrücklich die Firmenregistrierung gefordert; letztere ist dann allerdings notwendig, aber auch genügend (vergl. Zusatz 2).

Minderkaufleute sind nun nach dem Gesetze:

§ 3. a) **Hausierer**; dieselben sind niemals Vollkaufleute, mag ihr Betrieb noch so umfangreich sein. Die in der Literatur zu Art. 10 HGB. bestehende Streitfrage, ob die Worte „von geringerem Gewerbebetriebe" sich auch auf die Hausierer beziehen, ist durch die Fassung des § 7 EG. gegenstandslos geworden. Dagegen ist den in Art. 10 HGB. neben den Hausierern erwähnten Hökern und Tröblern nicht

Digitized by Google

unbedingt die Eigenschaft eines Vollkaufmannes versagt (Canstein I, S. 191).

§ 4. Höker sind Handelsleute, welche auf Straßen, Plätzen oder in Hausgewölben ihre Waren feilbieten (hocken); Trödler diejenigen, welche alte Kleider, Möbel, Geräte zusammenkaufen und weiterverkaufen, nicht auch die Antiquare, die eine geschäftlich höhere Stellung einnehmen; Hausierer sind diejenigen, die mit ihren Waren von Haus zu Haus oder von Ort zu Ort ohne bestimmte Verkaufsstätte umherziehen (vergl. Gesetz vom 4. September 1852, RGBl. Nr. 252, Nr. 1, und § 60 GewO.). Das Umherziehen mit Proben gehört nicht hieher (RG. in Strafsachen 20, S. 207). Das Umherziehen muß ferner so beschaffen sein, daß sie ihre Waren (z. B. auch Federvieh) in Körben, Kästen, Wagen oder ähnlichen Behältnissen bei sich führen (RG. in Strafsachen 20, S. 307). Der mit Pferden, Rindvieh oder Schweinen umherziehende Viehhändler ist also nicht Hausierer (RG. ebd.), ebensowenig der Krämer, welcher seine Ware auf Märkten auslegt (RG. in Strafsachen 20, S. 168).

§ 5. b) **Alle anderen Personen, die von ihrem kaufmännischen Betriebe nicht das im § 7 EG. geforderte Maß an Steuern zu entrichten haben** oder zu entrichten hätten, wenn sie nicht von der Entrichtung der Steuer befreit wären, sind Minderkaufleute.[14]) Betreibt jemand mehrere Erwerbsunternehmungen, so muß sich der das Mindestmaß des § 7 EG. erreichende Steuersatz auf jene Unternehmung beziehen, deren Betrieb im Abschluß von Handelsgeschäften besteht (Nemethy, Formularien, S. 233). Über die Feststellung des auf die einzelnen Unternehmungen fallenden Steuersatzes vergl. unten § 2. Für die Beantwortung der Frage, ob die im § 7 für die Vollkaufmannsqualität geforderten Voraussetzungen vorliegen, ist grundsätzlich derjenige Zeitpunkt maßgebend, der für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses, für welches die Eigenschaft eines Vollkaufmannes erheblich ist, überhaupt maßgebend ist; die für die zeitliche Herrschaft der Gesetze geltenden Grundsätze werden hier analog angewendet werden können. Nur dann, wenn die Firma eines Kaufmannes gemäß § 7 EG. ins Handelsregister bereits eingetragen ist, bleibt er Vollkaufmann, auch wenn später die Voraussetzungen des § 7 für die Vollkaufmannsqualität durch Verringerung des Umfanges des Betriebes oder Änderung in der Bevölkerungsziffer des Betriebsortes sich ändern sollten. Das Gleiche gilt von denjenigen, deren Firma vor dem 1. August 1898 auf Grund der damals maßgebenden Höhe der Steuerleistung bereits im Handelsregister eingetragen war. Die bezüglichen Bestimmungen enthält § 9 EG. zum HGB., der

[14]) Die öffentlichen Lagerhäuser genießen, unabhängig von der Höhe der Steuerleistung, die Vollkaufmannsqualität (§ 50, Abs. 2 Lagerhausgesetz; Adler, Lagerhausrecht S. 60), was jedoch kaum von praktischer Bedeutung ist. Ebenso finden auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung ohne Rücksicht auf die Höhe der Erwerbsteuer die Bestimmungen des HGB. Anwendung (§ 61, Abs. 3 der Gesetze über Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Durch diese Bestimmung sollte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Vollkaufmannseigenschaft verliehen werden (vergl. Motive bei Skerly S. 73). Dagegen ist hinsichtlich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, deren Unternehmen im Betriebe von Handelsgeschäften besteht und auf die gemäß § 13 GenG. die für Kaufleute geltenden Bestimmungen des HGB. Anwendung finden, nach dem Maße der Steuerleistung zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten zu unterscheiden (Stroß, Genossenschaftsrecht S. 115, Randa I, S. 93).

Digitized by Google

in der durch die KaisV. vom 11. Juli 1898 festgestellten Fassung lautet: „Ist die Firma eines Kaufmannes in das Handelsregister eingetragen, so haben nachträgliche Änderungen in dem von ihm zu entrichtenden Erwerbsteuerbetrage oder die infolge der Zunahme der Bevölkerungsziffer des Betriebsortes eingetretene Einreihung des letzteren in eine andere Ortsklasse (§ 7) auf die Anwendung der in dem vorhergehenden Paragraphen erwähnten Bestimmungen des HGB. keinen Einfluß."

Auf Kaufleute, deren Firma bei Beginn der Wirksamkeit der KaisV. vom 11. Juli 1898, RGBl. Nr. 124 (1. August 1898), im Handelsregister schon eingetragen war, ist die Änderung des gesetzlichen Steuersatzes ohne Einfluß.

§ 6. 2. **Die für Minderkaufleute ausgeschlossenen Vorschriften.** Es sind dies Vorschriften über Firmen, Handelsbücher, Prokura und Handelsgesellschaften. Alle übrigen Vorschriften des HGB. finden auch auf die Minderkaufleute Anwendung, sie sind im übrigen Kaufleute mit allen Rechten und Pflichten derselben. Wo das Gesetz von Kaufleuten spricht, sind überall die Minderkaufleute mitgemeint (ROHG. 7, S. 237). Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (AdlCl. 122 und 415), vorbehaltlich des Art. 273, Abs. 3; es finden insbesondere die Vorschriften über Handlungsvollmachten, über die Formfreiheit der Verträge, über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (ROHG. 9, S. 81), über das Recht auf Provision nach Art. 290 (ROHG. 10, S. 243), die Art. 306 und 313 auch auf sie Anwendung, wobei jedoch immer zu berücksichtigen ist, daß ein Kleinkaufmann nicht durchgängig mit demselben Maßstabe zu messen ist, wie der Inhaber eines größeren Geschäftes (ROHG. 2, S. 443; 13, S. 439, Kontokurrent; RG. 17, S. 99, Passivübernahme. Gleiches gilt bei Anwendung der Art. 278, 279, 282, 347 und 356; vergl. Allfeld, S. 61). Betreibt jemand ein Gewerbe, welches die Vollkaufmannsqualität begründet, und ein solches, welches die Minderkaufmannsqualität zur Folge hat, so war nach früherem deutschen Rechte die Frage strittig, ob er Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sei. Diese Frage ist nach österreichischem Rechte nach ganz anderen Gesichtspunkten zu entscheiden. Nach § 7 EG. sind alle Kaufleute Vollkaufleute, welche „von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe" das festgesetzte Maß an Steuern zu entrichten haben. Betreibt also jemand mehrere kaufmännische[15]) Erwerbsunternehmungen, die nicht Bestandteile eines einheitlichen Handelsgeschäftes bilden, z. B. ein Sägewerk und eine Ziegelei, so kommt es darauf an, ob diese Unternehmungen abgesondert besteuert werden oder ob für dieselben ein einheitlicher Steuersatz besteht. Die abgesonderte Besteuerung findet dann statt, wenn die verschiedenen Unternehmungen in räumlich getrennten Betriebsstätten betrieben werden; werden sie in derselben Betriebsstätte betrieben, so ist der Steuersatz in der Regel ein einheitlicher. Die Erwerbsteuerkommission kann aber und muß über Begehren des Unternehmers eine Aufteilung des Steuersatzes auf die einzelnen Gattungen des Betriebes vornehmen (§ 37, Abs. 5 PersStG.). Besteht also für mehrere nicht in Zusammenhang stehende Erwerbs-

[15]) Im § 2 zu diesem Artikel wurde der Fall erwähnt, daß nur eine der mehreren Unternehmungen im Betriebe von Handelsgeschäften besteht.

Digitized by Google

unternehmungen ein besonderer Steuersatz, so kann der Gewerbetreibende sehr wohl in Bezug auf die höher besteuerte Unternehmung Vollkaufmann, in Bezug auf die anderen Minderkaufmann sein (dagegen Canstein I, S. 193). Ist auf diese Weise jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich, so braucht er die Verpflichtung zur Buchführung nur in Ansehung jener Unternehmung zu erfüllen, die ihn zum Vollkaufmann macht; nur in Ansehung jener obliegt ihm die Verpflichtung zur Firmenregistrierung. (Wohl zu unterscheiden hievon ist der Fall, wenn die beiden Geschäfte zueinander im Verhältnisse von Haupt- und Zweigniederlassung stehen; hierüber § 3 zu Art. 21.)

Auch die Bestellung eines Prokuristen nur für das die Vollkaufmannsqualität begründende Geschäft muß für zulässig erachtet werden, ist aber wegen der unbeschränkten Vertretungsmacht des Prokuristen ohne praktische Bedeutung (vergl. § 3 zu Art. 43). Anders steht es allerdings mit jenen Vorschriften, die ihrem Wortlaute nach nicht die Vollkaufmannsqualität, sondern die Tatsache der Firmenregistrierung verlangen (vergl. Zusatz 2). So ist die handelsgerichtliche Kompetenz gegen einen registrierten Kaufmann begründet auch dann, wenn das Klagegeschäft im Betriebe eines anderen, nicht die Vollkaufmannsqualität begründenden Unternehmers geschlossen wurde (vergl. AdlCl. 1494, dagegen AdlCl. 743; vergl. auch GlU. 1133).

Die eximierten Vorschriften sind:

a) **Die Vorschriften über Firmen.** Minderkaufleute sind hienach weder berechtigt noch verpflichtet, ihre Firmen eintragen zu lassen, haben allerdings auch bei Führung ihres bürgerlichen Namens auf bestehende Firmen keine Rücksicht zu nehmen. Daß Minderkaufleute auch zur Registrierung ihrer Firma nicht berechtigt seien, wurde in den Entscheidungen bei AdlCl. 1138, 1228, 1621, JBl. 1906, 1 anerkannt. Dagegen wurde in AdlCl. 1845 ausgesprochen, daß Kaufleute, bei denen die Voraussetzungen des § 7 EG. nicht zutreffen, wohl zur Eintragung ihrer Firma nicht verpflichtet, jedoch berechtigt seien. Diese Entscheidung steht einmal mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes, das unterschiedslos „die Bestimmungen des HGB. über die Firmen" auf Minderkaufleute für unanwendbar erklärt, in Widerspruch. Die Richtigkeit der anderen Judikate wird aber auch durch die Entstehungsgeschichte des § 7 EG. bestätigt: § 6 der Regierungsvorlage (entsprechend § 7 des Gesetzes) enthielt die Bestimmung, daß gewisse Gruppen von Kaufleuten zwar nicht die Pflicht, aber das Recht zur Firmenprotokollierung haben sollen. Diese Bestimmung wurde jedoch über Antrag des Ausschusses gestrichen, und zwar mit der Begründung, daß dort, wo keine Verpflichtung zur Firmenprotokollierung bestehe, auch kein Recht hiezu anerkannt werden könne (stenogr. Prot. [1862] S. 3885). Die Firma ist für Minderkaufleute nicht der Name, unter welchem sie im Handel Geschäfte betreiben (Art. 15). Wenn dennoch ein Minderkaufmann eine Firma führt, die sich mit seinem bürgerlichen Namen nicht deckt, so hat das Handelsgericht nach Art. 26 dagegen einzuschreiten (AdlCl. 1138; Hahn § 3). Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die in Rede stehenden Vorschriften keine Anwendung finden, dürfen sich keiner Gesellschaftsfirma bedienen (vergl. § 49, Z. 5 GewO.). Werden aber bloß die § 7.

Digitized by Google

vollständigen Namen sämtlicher Gesellschafter durch das Wörtchen „und" verbunden, so liegt hierin weder ein nach Handelsrecht noch nach § 49, Z. 5 GewO. unzulässiger Firmengebrauch vor, weil der Gebrauch einer sich mit dem bürgerlichen Namen deckenden Firma jedem gestattet ist und das Bindewort „und" nicht als ein ein Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz angesehen werden kann (Frankl S. 6). Unzulässige, nicht eingetragene Firmenführungen sind in lebhafter Übung. Für die hiedurch geschaffenen Rechtsverhältnisse kommen die allgemeinen Rechtsregeln zur Anwendung, die sich freilich mit den für eingetragene Firmen gegebenen Gesetzesvorschriften meist decken werden. So gilt insbesondere für die unter nicht eintragsfähiger Firma abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dasselbe, wie wenn sonst im Rechtsverkehre jemand unter fremdem Namen Rechtsgeschäfte abschließt: die Geschäfte sind, zumal im Handelsverkehre nicht ungültig, wenn nur die Identität des Kontrahenten feststeht (vergl. ROHG. 22, S. 71). Gleiches gilt für die in Art. 25, Abs. 2 und 3 geregelten Verhältnisse, nur daß die hier vorgesehenen formellen Vorschriften als solche außer Anwendung bleiben und an ihre Stelle eine freie richterliche Würdigung aller erheblichen Umstände tritt (RG. 12, S. 10). So haftet z. B. der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma für die Verbindlichkeiten, welche sein mit seiner Zustimmung die Firma fortführender Geschäftsübernehmer eingeht, solange, bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (RG. 15, S. 33). Vergl. § 2 zu Art. 25. Ein ausschließliches Firmenrecht haben die Minderkaufleute nicht. Über ihren Etablissementsnamen siehe § 7 zu Art. 15.

§ 8. b) **Die Vorschriften über die Prokura.** Minderkaufleute dürfen keine Prokuristen bestellen. Eine dennoch erteilte Prokura ist nicht etwa, wie Thöl annimmt, ein schlechthin ungültiger Akt; vielmehr ist auch hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugreifen und davon auszugehen, daß der Prinzipal doch jedenfalls eine ihrem Umfange nach der Prokura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht erteilen wollte. Daher wird man dem wahren Willen der Beteiligten am meisten gerecht werden, wenn man das Vorhandensein einer generellen Handlungsvollmacht nach Art. 47 annimmt (zust. Puchelt, Anm. 3; Allfeld S. 64).

§ 9. c) **Die Vorschriften über die Handlungsbücher.** Minderkaufleute sind nicht verpflichtet, Bücher zu führen. Daß sie hiezu berechtigt sind, ist selbstverständlich, da hier kein Privileg in Frage steht. Über die Beweiskraft der Bücher der Minderkaufleute und die der Vollkaufleute gegen Minderkaufleute disponieren die §§ 19 und 20 EG. zum HGB. (näheres hierüber siehe bei §§ 3 und 4 zu Art. 34).

§ 10. d) **Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes dieser Art sind keine Handelsgesellschaften,** also keine offenen Handelsgesellschaften und keine einfachen Kommanditgesellschaften (Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien), wohl aber können sie stille Gesellschaften und Gelegenheitsgesellschaften sein, da diese im III. Buche des HGB. abgehandelten Gesellschaften zu den Handelsgesellschaften nicht gehören (vergl. RG. 9, S. 80). § 7 EG. in seiner früheren Fassung gab dem Zweifel Raum, ob es auf die Steuerleistung des gesellschaftlichen Unternehmens oder des einzelnen Gesellschafters an-

Digitized by Google

komme, es daher den Minderkaufleuten überhaupt nicht möglich sei, Handelsgesellschaften zu gründen (vergl. Blaschke-Pitreich S. 19). Durch die Neuredaktion des § 7 EG., der zufolge der zweite Absatz des § 2 wörtlich mit dem zweiten Absatze des Art. 10 HGB. übereinstimmt, scheint dieser Zweifel gelöst. Ob eine Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma als eine offene Handelsgesellschaft im Sinne der Art. 85 ff. HGB. anzusehen ist, hängt lediglich davon ab, ob auf das gemeinschaftlich betriebene Handelsgewerbe die Bestimmungen des § 7, Abs. 1 EG. Anwendung finden, das heißt ob von dem gesellschaftlichen Unternehmen das im § 7 geforderte Maß der Steuern zu entrichten ist (vergl. die in der 3. Sitzung der XIV. Session des Herrenhauses gehaltene Rede Pitreichs; stenogr. Prot. S. 38). Zu betonen ist, daß die Vereinigung zum Betriebe des Hausierergewerbes niemals, ohne Rücksicht auf den Umfang und die Steuerpflicht des gemeinschaftlichen Unternehmens, eine Handelsgesellschaft bilden kann. Um dies hervorzuheben, wurde bei den Beratungen über die Abänderung des § 7 EG. in dritter Lesung über Antrag Grünhuts (siehe stenogr. Prot. a. a. O.) für § 7, Abs. 2 folgende Fassung beschlossen: „Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes . . . oder zum Betriebe eines Hausiergewerbes gelten nicht als Handelsgesellschaften." Der Wortlaut, den § 7 dann durch die KaisV. vom 11. Juli 1898 erhalten hat, läßt in dieser Richtung auch keinen Zweifel zu. Vereinigungen von Minderkaufleuten unterfallen daher den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (ROHG. 2, S. 423), in Österreich das 27. Hauptstück des zweiten Teiles des ABGB. Dabei ist jedoch hervorzuheben, daß nur die Vorschriften über die Handelsgesellschaften auf sie keine Anwendung finden. Soweit die zu solchen Gewerben vereinigten Personen Handelsgeschäfte betreiben, finden die handelsrechtlichen Vorschriften über Handelsgeschäfte auf sie Anwendung, da diese von der Anwendung nicht ausgeschlossen sind. So kann schon der Vereinigungsvertrag als Handelsgeschäft der Formfreiheit nach Art. 317 unterfallen, auf ihre gemeinsam geschlossenen Handelsgeschäfte findet ferner Art. 280 Anwendung (vergl. Behrend § 36, Anm. 16), und es ist ferner die analoge Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Vorschriften über Gelegenheitsgesellschaften, soweit sie ihrer Tendenz nach maßgebend sein können, keineswegs ausgeschlossen (ROHG. 2, S. 425; RG. 9, S. 81), was z. B. für den Art. 269, Abs. 2 gilt, so daß aus ihren Handelsgeschäften Solidarberechtigung und Solidarverpflichtung entsteht (RG. 9, S. 80).

Ferner sind ihnen, wie schon erwähnt, die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften nicht unzugänglich. Mit Recht macht Behrend ebenda weiter die praktisch bedeutsame Bemerkung, daß, sofern dispositive Vorschriften in Frage sind, es den Sozien unbenommen bleibt, die Vorschriften des HGB. als für sie maßgebend zu vereinbaren, welche Vereinbarung jedoch in der Annahme einer gemeinschaftlichen Firma allein nicht liegt.

Erster Zusatz zu Art. 10. Es wurde gezeigt, daß für die Frage, ob jemand, dessen Kaufmannsqualität im Sinne des Art. 4 HGB. feststeht, auch Vollkaufmann ist, ausschließlich § 7 EG. zum HGB. maßgebend ist. Die Er- Einleitung.

Digitized by Google

örterung der Begriffe „Wirte", „Schiffer", „Fuhrleute" kann daher an dieser Stelle unterbleiben. Das Gleiche könnte auch hinsichtlich des Begriffes „des handwerksmäßigen Betriebes" der Fall sein. Mit Rücksicht darauf aber, daß der „handwerksmäßige Betrieb" auch an anderen Stellen des HGB. von Bedeutung ist (Art. 272, Z. 1 und 5, Art. 273, Abs. 2), und mit Rücksicht darauf, daß eine weitverbreitete Praxis der Gerichte dem Momente des handwerksmäßigen Betriebes auch für die Kaufmannseigenschaft eine Bedeutung beilegt, empfiehlt es sich, bereits hier eine Erörterung I. **des Begriffes des handwerksmäßigen Betriebes** und II. **der Folgen, welche das Gesetz und die Judikatur an diese Betriebsart knüpfen**, folgen zu lassen.

§ 1. I. **Wann ist nun ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker anzusehen** oder wie das Gesetz sagt, wann ist **dessen Betrieb ein solcher, der über den Umfang des Handwerkes nicht hinausgeht?** Wann liegt Handwerk vor? Die Antwort ist: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb seines unerheblichen Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert (Canstein I, S. 140, vergl. §§ 2 und 4 d. HGB.). Es ist jedoch der Ton darauf zu legen, daß der Umfang so beschaffen sein muß, daß der Betrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert, nicht daß er eine kaufmännische Einrichtung hat (Randa I, S. 53; vergl. OGH. vom 5. Februar 1907, ZBl. 1907, 103). Nur wird der letztere Umstand auch hier meist den Rückschluß darauf zulassen, daß die kaufmännische Einrichtung erforderlich ist, nur entscheidend ist er nicht.

Dabei bedarf der Begriff Umfang des Betriebes unserer Ansicht nach keiner Erläuterung. Es ist darunter der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen (so auch Blaschke-Pitreich S. 278: es entscheidet nicht die Qualität des Betriebes, sondern die Ausdehnung desselben). Es steht nichts entgegen, den Ausdruck „kaufmännische Organisation" durch „fabriksmäßige Organisation" zu ersetzen (auf der Konferenz wurde der Ausdruck „fabriksmäßig" aus sprachlichen Gründen abgelehnt [Prot. S. 530 ff.; Blaschke-Pitreich S. 278]). Nur muß man sich hüten, den Begriff des fabriksmäßigen Betriebes im Sinne des § 1, Abs. 5 der GewO. aufzufassen. Die unterschiedliche Behandlung, die die GewO. dem handwerksmäßigen und fabriksmäßigen (in ihrem Sinne) Betriebe zukommen läßt, beruht auf ganz anderen Gründen als die an den handwerksmäßigen Betrieb geknüpften Sonderbestimmungen des HGB. Dort ist es tatsächlich neben dem Umfange des Betriebes auch die Qualität desselben, insbesondere die Methode der Herstellung der Produkte, welche den Unterschied zwischen handwerksmäßigem und fabriksmäßigem Betriebe begründet. Der bekannte ME. vom 18. Juli 1883, Z. 22.037 (abgedruckt bei Manz I, Note 6 zu § 1), welcher die Merkmale des fabriksmäßigen Betriebes im Sinne der GewO. aufzählt und hiebei neben dem Umfange des Betriebes auch auf dessen Qualität Gewicht legt, kann daher zur Abgrenzung des handwerksmäßigen Gewerbes im Sinne des HGB. nur in geringem Maße verwertet werden (vergl. den folgenden Absatz).

§ 2. Andere Kriterien, als der eine kaufmännische Organisation erfordernde erhebliche Umfang des Betriebes, dürfen nicht aufgestellt werden. So sagt das Reichsgericht (bei Bolze 6, Nr. 346) mit Recht, daß ein Betrieb der hier in Rede stehenden Art erst dann ein mehr als handwerksmäßiger wird, „wenn nach dem Umfange des Geschäftes Großbetrieb anzunehmen ist", und hat daraus den richtigen Schluß gezogen, daß der Umstand allein, daß Arbeiten aus dem Hause gegeben werden, nicht geeignet ist,

Digitized by Google

den Charakter der Handwerksmäßigkeit auszuschließen. Andrerseits ist es nicht zutreffend, wenn entschieden wurde, daß an erster Stelle die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte (die Art der Benützung der gewerblichen Hilfsmittel, Maschinen oder Werkzeuge), die Qualität oder die Zahl des beschäftigten Hilfspersonals, der Grad der Ausnützung der Arbeitsteilung, die Beschaffenheit der der Ausübung des Gewerbes dienenden Räumlichkeiten usw. maßgebend sei (Rechtsprechung des RG. in Strafsachen 5, S. 489). Hierin liegt Wahres mit Falschem vermengt, der entscheidende Gesichtspunkt ist jedenfalls nicht betont. Entscheidend ist überall, ob der Umfang des Gewerbebetriebes so erheblich ist, daß er eine kaufmännische, beziehungsweise fabriksmäßige Organisation erfordert. Die hier aufgezählten Momente werden durch ihr Vorhandensein wohl meist einen Rückschluß auf das Vorhandensein eines solchen Umfanges gestatten. Aber entscheidend sind nicht diese Momente, sondern lediglich der Umfang. Hat der Inhaber eine Be- oder Verarbeitungsgewerbes bei geringem Umfange eine streng durchgeführte Arbeitsteilung eintreten lassen, oder läßt er auf Vorrat arbeiten, und es hält sich gleichwohl der Betrieb im ganzen in geringem Umfange, so sind die Grenzen der Handwerksmäßigkeit nicht überschritten. Auch die Art der Arbeitsmittel (*Maschinen oder Werkzeuge*) *entscheidet nicht*. Hier könnte das Wort „Handwerk" irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das erzeugte Produkt im wesentlichen „der Hände Werk", allenfalls mit Zuhilfenahme von Werkzeugen (Handwerkszeug) hergestellt sein muß. Allein unsere technischen Erfindungen haben auch die Handwerksbetriebe nicht unberührt gelassen. Auch unsere Handwerker, Schlosser, Tischler, Schuhmacher usw., arbeiten mit maschinellen Hilfsmitteln, ohne daß sie dadurch aufhörten, Handwerker zu sein; sie bleiben vielmehr Handwerker, solange ihr Gewerbe so wenig umfangreich ist, daß es ohne kaufmännische Organisation rationell betrieben werden kann. Unzutreffend ist es ferner, daß das Vorwiegen der persönlichen Arbeitskraft, das Mitarbeiten des Meisters entscheiden soll (RG. in Strafsachen 24, S. 357; Oberstes LG. München in GZ. 34, S. 561). Denn selbst auch diese Momente können fehlen bei geringem Umfange des Gewerbebetriebes. Unrichtig ist es endlich, wenn auf den geschäftlichen Umsatz kein Gewicht gelegt wird (Kammergericht bei *Johow* und *Küntzel* 9, S. 11; RG. in Strafsachen 24, S. 80 und 357). Der geschäftliche Umsatz deckt sich allerdings nicht immer mit dem Geschäftsumfange, da trotz geringen Umsatzes der Umfang des Geschäftes infolge großer Produktion usw. ein erheblicher sein kann, aber ein Gewerbebetrieb mit *erheblichem* geschäftlichen Umsatz hat einen erheblichen Umfang und hört auf, ein handwerksmäßiger zu sein. Daß trotz erheblichen Umfanges der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, sondern sich fortschleppt in Einrichtungen, die man als handwerksmäßige bezeichnen muß, ist dabei nicht erheblich; es ist nur erforderlich, daß zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung die kaufmännische Organisation gehört. Die ordnungswidrige Art der Geschäftsführung entscheidet nicht, im Gegenteile sollen solche Personen gerade durch die Unterordnung unter das Handelsrecht gezwungen werden, in allen den Fällen, wo der Umfang des Gewerbebetriebes die kaufmännische Organisation erfordert, dieselbe auch einzurichten.

Es ist daher der hier entwickelte Begriff des Handwerkes nicht identisch mit dem Begriffe des handwerksmäßigen Gewerbes im Sinne des § 1, lit. b GewO. Nach der GewO. sind als handwerksmäßige Gewerbe

Digitized by Google

jene anzusehen, „bei denen es sich um Fertigkeiten handelt, welche die Ausbildung im Gewerbe durch Erlernung und längere Verwendung in demselben erfordern". Es kann daher sehr wohl im Sinne des HGB. ein handwerksmäßiger Betrieb nach dem Umfange desselben vorliegen, ohne daß ein im Sinne der GewO. als handwerksmäßig anzusehendes Gewerbe vorliegt. Andrerseits fallen unter den Begriff des handwerksmäßigen Gewerbes im Sinne der GewO. eine Menge von Beschäftigungen, die überhaupt nicht in dem Abschlusse von Handelsgeschäften bestehen, daher für das Handelsrecht vollkommen bedeutungslos sind, z. B. das Friseurgewerbe.

Schließlich mag noch betont werden, daß es hier, wie auch sonst, nur darauf ankommt, welche Art der Tätigkeit den Hauptgegenstand des Gewerbes bildet. Infolgedessen ist der Umstand allein, daß der Handwerker aushilfsweise, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebes, auch fertige Sachen anschafft und weiterveräußert, nicht geeignet, das Geschäft aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungsgewerbe herauszuheben (RG. in Strafsachen 21, S. 209), und nunmehr die Frage aufzuwerfen, ob ein reines Anschaffungs- und Veräußerungsgewerbe nach Art. 271, Z. 1 vorliegt.

§ 3. II. **Welche Folgen sind nun nach dem Handelsrechte an die Tatsache des handwerksmäßigen Betriebes geknüpft?**

1. Besteht der handwerksmäßige Betrieb in der Anschaffung von Materialien und Veräußerung derselben nach Bearbeitung oder Verarbeitung, so liegt der gewerbsmäßige Betrieb der in Art. 271, Z. 1 genannten Handelsgeschäfte vor und der Handwerker ist Kaufmann, sogenannter Kaufhandwerker (Canstein I, S. 107; Randa I, S. 52). Der Umstand, daß der Betrieb bloß ein handwerksmäßiger ist, übt auf die Kaufmannseigenschaft hier keinen Einfluß, zunächst auch nicht auf die Vollkaufmannseigenschaft des Handwerkers. Er ist trotz des handwerksmäßigen Betriebes Vollkaufmann, wenn die von seinem Betriebe zu entrichtenden Steuern das im § 7 EG. geforderte Maß erreichen; umgekehrt bleibt der Unternehmer, der Geschäfte dieser Art betreibt, Minderkaufmann, wenn seine Steuerpflicht eine geringere ist, mag auch der Betrieb tatsächlich über den Umfang des Handwerkes hinausgehen und eine kaufmännische Organisation erfordern (Blaschke-Pitreich S. 21). Dies erscheint so selbstverständlich, daß es als auffallend bezeichnet werden muß, daß der OGH. in einer stattlichen Reihe von Entscheidungen Personen, die sich gewerbsmäßig mit dem Betriebe der angeführten Geschäfte befassen, unter Hinweis auf den bloß handwerksmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft abgesprochen hat. Diese irrtümliche Praxis ist teilweise durch den bekannten Erlaß des Justizministeriums vom 8. Febr. 1864, Z. 803, veranlaßt worden. Derselbe (abgedruckt bei Blaschke-Pitreich, S. 21) lautet: „Auf Gewerbsleute, welche nach dem HGB. als Kaufleute nicht anzusehen sind oder denselben nicht gesetzlich gleichgestellt sind (Art. 4 und 5 HGB.) sind die Bestimmungen über Firmen, Handelsbücher und Prokura und Handelsgesellschaften nicht anzuwenden, wenn sie auch die im § 7 bestimmte höhere Steuer zahlen. Im Zweifel ist nicht Art. 10, sondern sind jene Bestimmungen des HGB. zur Richtschnur zu nehmen, welche die Handelsgeschäfte, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft erlangt wird, näher bezeichnen und begrenzen. Ist Umfang und Natur des Betriebes nicht sogleich zu erkennen, so kann

Digitized by Google

sich das Handelsgericht an die betreffende Handelskammer um Auskunft wenden." Es erscheint wohl überflüssig, hervorzuheben, daß dieser Erlaß, wenn er etwas anderes bestimmen würde, als das HGB. verfügt, soweit er vom Gesetze abweichen würde, unverbindlich wäre. Es muß aber gegen Canstein (I, S. 193) betont werden, daß dieser Erlaß mit dem Gesetze in gar keinem Widerspruche steht und daß die Entscheidungen, die auf Grund dieses Erlasses zu dem Ergebnisse gelangt sind, daß der handwerksmäßige Betrieb auch beim Betriebe von Handelsgeschäften im Sinne des § 271, Z. 1 HG. die Kaufmannsqualität ausschließe, nicht nur das Gesetz, sondern auch den erwähnten Erlaß unrichtig auslegen. Die Worte des Erlasses, daß im Zweifel „jene Bestimmungen des HGB. zur Richtschnur zu nehmen sind, welche die Handelsgeschäfte, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb die Kaufmannseigenschaft erlangt wird, bezeichnen und begrenzen", geben einen vollkommen richtigen und dem Gesetze entsprechenden Sinn, wenn man die Worte „näher bezeichnen" auf jene Bestimmungen des HGB. bezieht, welche bestimmte Geschäfte schlechthin als Handelsgeschäfte erklären, also auf die hier in Betracht kommende Bestimmung des Art. 271, Z. 1 HGB., das Wort „begrenzen" aber auf jene Bestimmungen bezieht, die bestimmte Geschäfte nur dann als Handelsgeschäfte erklären, wenn der Betrieb eine bestimmte Ausdehnung erlangt, also auf Art. 272, Z. 1 und 5. Die Praxis scheint aber die Worte „bezeichnen und begrenzen" dahin zu verstehen, als müßten immer jene Bestimmungen des HGB., welche einen über den handwerksmäßigen Betrieb hinausgehenden Umfang des Betriebes verlangen, angewendet werden, auch wenn es sich um den gewerbsmäßigen Betrieb von solchen Geschäften handelt, die ohne Rücksicht auf den Umfang des Geschäftes vom Gesetze als Handelsgeschäfte erklärt sind. Am deutlichsten kommt diese irrige Anschauung in den Gründen zu AdlCl. 1705 zum Ausdrucke, wo es heißt: „weil bei Beurteilung, ob ein Gewerbsmann, welcher im Betriebe seines Gewerbes bewegliche Sachen anschafft und bearbeitet, weiterveräußert . . . als Kaufmann anzusehen ist . . . vorzüglich auf die Bestimmung des Art. 272, Z. 1 und 5 und des letzten Absatzes des Art. 273, welche die Handelsgeschäfte, durch deren gewerbsmäßigen Betrieb die Eigenschaft eines Kaufmannes erlangt wird, näher bezeichnen und begrenzen, Bedacht zu nehmen ist, also zu erwägen ist, ob der Geschäftsbetrieb des Gewerbsmannes über den Umfang des Handwerkes hinausgeht". Der gleiche Gedanke liegt ganz unverkennbar auch den Entsch. AdlCl. 237, 288, 1733 u. a. m. zu Grunde. Auch in den Entsch. vom 18. Dez. 1904, RZ. 1905, 7, 26. April 1905, JBl. 1905, 46, wurde unter Hinweis auf den Art. 273 und den erwähnten Erlaß ausgesprochen, daß ein Gastwirt nur dann Kaufmann sei, wenn sein Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgeht; ebenso hat der OGH. in der E. vom 5. Febr. 1907, ZBl. 1907, 103, die Registrierungspflicht eines Rohstoffe auf Lager anschaffenden Drechslers nicht bloß mit der entsprechenden Höhe der Steuerleistung, sondern auch mit dem den handwerksmäßigen Betrieb übersteigenden Umfang des Unternehmens begründet. Die treffendste Widerlegung dieser in dem erwähnten Erlasse gar nicht ausgesprochenen Ansicht, daß auf Grund der Art. 272, Z. 1 und 5, und Art. 273, Abs. 3 nicht die Kaufmannseigenschaft derjenigen verneint werden kann, die im handwerksmäßigen

Digitized by Google

Betriebe Rohstoffe anschaffen und verarbeitet weiterveräußern, geben die Gründe OGH. in AdlCl. 786, wo es heißt: „Gerade daß im Art. 272, Abs. 1 des HGB. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung fremder beweglicher Sachen für andere nur dann für ein Handelsgeschäft erklärt wird, wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerkes hinausgeht, und daß nach Art. 273 des HGB. die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen worden . . . als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten sind, geht mit Notwendigkeit hervor, daß auch die Ankäufe von Rohmaterialien durch Handwerker zum Behufe der Verarbeitung Handelsgeschäfte sind, weil sonst, wenn dieselben Beschränkungen auch in Rücksicht des Ankaufes Geltung haben sollten, welche für die Verarbeitung und Veräußerung bestehen, dieselben auch in Art. 271 HGB. hätten Ausdruck finden müssen." Ähnlich die Begründung bei AdlCl. 415, vergl. auch Blaschke-Pitreich S. 286.[16])

Eine zweite Gruppe von in dieser Richtung ergangenen Entscheidungen stützt sich ohne sichtliche Bezugnahme auf den erwähnten Erlaß auf Art. 273, Abs. 3, so z. B. AdlCl. 716, 1836. Gegen das in diesen Entscheidungen mehr oder minder deutlich betonte Argument, daß die Veräußerungsgeschäfte der Handwerker keine Handelsgeschäfte, die Handwerker keine Kaufleute sind, läßt sich einfach entgegensetzen, daß die Kaufmannseigenschaft des Kaufhandwerkers nicht durch den gewerbsmäßigen Abschluß der Realisierungsgeschäfte, sondern durch den der Anschaffungsgeschäfte begründet wird.

Zum Teile ist an dieser dem Gesetze nicht entsprechenden Praxis auch der Schlußsatz des gegenständlichen Erlasses schuld, daß sich die Gerichte an die Handelskammern um Auskunft wenden können, „wenn der Umfang und die Natur des Betriebes nicht sogleich zu erkennen" ist. Die Gerichte haben anscheinend diese Weisung dahin mißverstanden, daß sie an die Handelskammern über den Umfang des Betriebes Anfragen richteten, auch wenn dieser für die Kaufmannseigenschaft ganz gleichgültig war, wenn es sich nämlich um Anschaffungsgeschäfte im Sinne des Art. 271, Z. 1 handelte. Die Handelskammern haben wiederum sich nicht — wie es im Erlasse heißt — mit einer tatsächlichen „Auskunft" über Art und Umfang des Betriebes begnügt, sondern haben ein Gutachten über die kaufmännische Qualität des Betriebes erstattet. Wenn nun auch in der Praxis nicht verkannt wurde, daß diese Gutachten für den Richter keine bindende Kraft, sondern bloß eine formale Bedeutung haben (vergl. AdlCl. 1733), so haben dieselben doch sehr oft einen unverkennbaren Einfluß auf die richterliche Entscheidung ausgeübt. Diese Gutachten, zu deren Abgabe die Handelskammern immer aufgefordert wurden, wenn die Registrierungspflicht von Handwerkern mit Rücksicht auf deren das Maß des § 7 EG. erreichende Steuerpflicht in Frage stand, verneinten aber regelmäßig die Kaufmannseigenschaft der Handwerker, um dieselben von der die Vollkaufleute treffenden, mit dem handwerksmäßigen Betriebe in Wider-

[16]) Hier mag hervorgehoben werden, daß die im Texte als richtig erklärte Ansicht nach bei den parlamentarischen Beratungen zu § 8 Ratengesetz seitens der Regierung geteilt wurde, indem der damalige Regierungsvertreter Sektionsrat Dr. Freiherr v. Call ausdrücklich auf die Kaufmannseigenschaft derjenigen Handwerker, die mit eigenen Materialien arbeiten, hinwies (Stenogr. Prot. zur XI. Session des Abgeordnetenhauses S. 12657).

Digitized by Google

spruch stehenden Pflicht zur kaufmännischen Gebarung zu befreien (Blaschke-Pitreich S. 21). Gerade letzterer Umstand zeigt uns, wie energisch sich die Praxis gegen eine unbedingte Verknüpfung der Vollkaufmannsqualität mit dem Maße der Steuerleistung wehrt. Wird von dem konkreten Umfange des Betriebes abgesehen, und nur Gewicht auf das Maß der Steuerleistung gelegt, so kann und muß es geschehen, daß Leute zu einer kaufmännischen Gebarung (Buchführung usw.) verpflichtet werden, bei denen eine solche trotz der Steuerleistung nach der Natur des Betriebes den Verkehrsverhältnissen nicht entspricht (vergl. Blaschke-Pitreich S. 21). Um nun diesen Personen die Vollkaufmannsqualität nicht zusprechen zu müssen, suchte man, da das Merkmal der letzteren, die Höhe der Steuerleistung, immer zweifellos festgestellt war, einfach um jeden Preis deren Kaufmannseigenschaft zu verneinen.

Diese nach dem bestehenden Gesetze zwar unrichtige, aber so konstante Praxis wird jedenfalls dem künftigen Gesetzgeber die Frage nahelegen, ob es nicht angezeigt wäre, den Grundsatz, die Vollkaufmannseigenschaft schlechthin an eine bestimmte Höhe der Steuerpflicht zu knüpfen, aufzugeben.[17]) Die de lege lata richtige Ansicht wird außer in den bereits erwähnten Entscheidungen noch vertreten in AdlCl. 122, 174, 419, 193, 652, 1116, 1259, 1263, 1353, 1995. In diesen Entscheidungen wurden unter den Voraussetzungen, daß sie angeschaffte Materialien nach Verarbeitung weiterveräußern, als Kaufleute unter anderen erklärt: Wirte, Fleischhauer, Branntweinschenker und Bäcker.

2. Diejenigen, die gewerbsmäßig Materialien für andere bearbeiten oder verarbeiten — sogenannte Lohnhandwerker[18]) — sind keine Kaufleute, wenn der Betrieb über den Umfang eines Handwerkes nicht hinausgeht, mag auch die Steuerleistung das Maß des § 7 erreichen. Geht aber der Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinaus, so sind diese Personen erst dann Vollkaufleute, wenn ihre Steuerpflicht den Anforderungen des § 7 entspricht. Nach österreichischem Rechte können also — im Unterschiede zum früheren deutschen Handelsrechte — Personen, die gewerbsmäßig die in Art. 272, Z. 2 erwähnten Geschäfte betreiben, nach der Höhe der von ihrem Gewerbe zu entrichtenden Steuern entweder Vollkaufleute oder Minderkaufleute sein (näheres bei Art. 272, § 2). Die gleichen Grundsätze gelten bezüglich der in Art. 272, Z. 5 erwähnten Geschäfte der Druckereien (vergl. die Bemerkungen dortselbst). § 4.

---

[17]) Der Begriff des Handwerkes darf übrigens auch nach d. HGB. nur nach dem konkreten Umfange des Betriebes und nicht nach der Höhe der Steuerleistung beurteilt werden. Auch auf der Enquête zur Reform des Terminhandels wurde wiederholt sowohl von juristischer, wie von kaufmännischer Seite dem Prinzipe, an die Vollkaufmannseigenschaft materiellrechtliche Wirkungen zu knüpfen, aus dem Grunde entgegentreten, weil die Vollkaufmannsqualität nach geltendem Rechte bloß von der Höhe der Steuerpflicht abhänge. (Vergl. Enquête II., S. 415.)

[18]) Die auch der österreichischen Theorie geläufige Unterscheidung zwischen Kauf- und Lohnhandwerkern wurde beibehalten. Es ist nur vor dem Mißverständnisse zu warnen, als wäre nach österreichischem Rechte das Veräußerungsgeschäft eines Handwerkers, der über Bestellung Materialien anschafft und dann verarbeitet, stets und in allen Punkten als ein Kaufvertrag anzusehen. Das Nähere hierüber siehe bei § 21 zu Art. 276 § 5 zu Art. 272 und Einleitung zu Art. 338. Hier sei nur die E. d. OGH. bei GlU. 8693 erwähnt, die in der Bestellung eines Rockes bei einem Schneider, der hiezu das Tuch selbst beistellte, einen Lohnvertrag erblickte.

Digitized by Google

3. Sonst ist für die Kaufmannseigenschaft der Umfang des Betriebes nur noch beim Personentransporte von Bedeutung, indem derselbe nur dann Handelsgeschäft ist, wenn er von Anstalten betrieben wird (vergl. Bemerkungen zu Art. 272, Z. 3). Die Vollkaufmannseigenschaft hängt auch hier von dem Maße der Steuerpflicht ab. Dieselbe wird die im § 7 geforderte Höhe wohl gewöhnlich erreichen, wenn eine „Anstalt" vorliegt, begrifflich notwendig ist dies aber nicht. Sohin können auch die Unternehmer von zum Personentransporte bestimmten Anstalten entweder Voll- oder Minderkaufleute sein.
4. In allen anderen Fällen ist der Umfang des Betriebes, sofern nur überhaupt ein gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, für die Kaufmannseigenschaft von gar keiner und für die Vollkaufmannseigenschaft von keiner selbständigen Bedeutung. Er erlangt für dieselbe eine mittelbare Bedeutung dadurch, daß dem größeren Betriebsumfange gewöhnlich auch eine höhere Steuerpflicht entsprechen wird. Auch auf die Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen des HGB. ist bis auf die unter Nr. 5 erwähnte Ausnahme der Umfang des Betriebes ohne Einfluß. Zum Unterschiede vom deutschen Handelsrechte kennt das österreichische Handelsrecht nicht die besondere Kategorie der Kleingewerbetreibenden, darunter werden Kaufleute verstanden, bei deren Gewerbe von einem handwerksmäßigen Betriebe begrifflich nicht gesprochen werden kann deren Gewerbebetrieb aber einen so geringen Umfang hat, daß es nicht angemessen erscheint, eine Reihe von Bestimmungen des HGB., die ihrer Natur nach nur auf den Großbetrieb passen, auf diese Personen anzuwenden (vergl. § 4 d. HGB. und Staub, 6. Auflage, S. 70 ff.).
5. Darüber, daß die von den Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommenen Weiterveräußerungen keine Handelsgeschäfte sind, vergl. § 11 zu Art. 273.

§ 5. **Zweiter Zusatz zu Art. 10.** Es wurde bereits im § 1 hervorgehoben, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 EG. für den Kaufmann die Verpflichtung zur Eintragung der Firma ins Handelsregister besteht, der Begriff des Vollkaufmannes und die Anwendung der für denselben geltenden Bestimmungen aber von der tatsächlichen Eintragung der Firma unabhängig ist, daher die Begriffe Vollkaufmann und protokollierter Kaufmann nicht zusammenfallen. Eine Anzahl von gesetzlichen Bestimmungen stellt jedoch als Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit ausdrücklich die Tatsache der Firmeneintragung auf, so daß diese Gesetze keine Anwendung finden, wenn zwar im Sinne des § 7 EG. die Pflicht zur Firmeneintragung besteht, die Firma aber tatsächlich nicht eingetragen ist; andrerseits genügt die faktische Eintragung der Firma unbedingt, und es ist nicht weiter zu prüfen, ob zur Zeit der Eintragung wirklich die Merkmale der Vollkaufmannseigenschaft vorgelegen sind. Die Prüfung, ob sie noch vorliegen, entfällt von selbst im Hinblick auf die Bestimmung des § 9 EG. (vgl. § 5 zu Art. 10). Solche Bestimmungen finden sich zerstreut in verschiedenen Gesetzen privat-, prozeß- und öffentlich-rechtlichen Inhaltes (vergl. zum ganzen Wolf, Die Wirkungen der Eintragung ins Handelsregister, JBl. 1901, Nr 31 bis 35). Nur mit Bezug auf diese Gesetzesbestimmungen, von denen einige beispielsweise angeführt werden sollen, ist es gerechtfertigt, von protokollierten und nichtprotokollierten Kaufleuten zu reden.

Nach § 51 JN. ist die handelsgerichtliche Kompetenz nur begründet, wenn die Klage gegen einen Kaufmann oder eine Handelsgesellschaft, deren Firma im Handelsregister erscheint, oder gegen eine registrierte Erwerbs- und Wirt-

Digitized by Google

schaftsgenossenschaft[19]) gerichtet ist; man wollte es möglich machen, die für die Kompetenz maßgebenden Verhältnisse des Beklagten ohne Mühe festzustellen (Mat. I, S. 64). Nach § 191 KO. finden die Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs nur in Ansehung des Konkurses von protokollierten Kaufleuten statt. Nach Art. XIV. EG. zur ZPO. ist die stillschweigende Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht durch einwandlose Annahme eines die Schiedsgerichtsklausel enthaltenden Schlußbriefes nur bei protokollierten Kaufleuten möglich (das Gesetz gebraucht hier selbst diesen Ausdruck). Die §§ 6 und 9 AnfG. setzen Eintragung der Firma des Schuldners ins Handelsregister voraus. Die die Handelsgläubiger schützenden Bestimmungen des § 16 EG. zum HGB. setzen voraus, daß die Firma des Ehemannes ins Handelsregister eingetragen ist, es genügt nicht, daß sie eingetragen sein soll (vergl. § 2 zu § 16 EG. zum HGB.). Hieher gehört auch die bereits bei Art. 4, § 6 besprochene Bestimmung des § 8 EG.; § 49, Z. 1 und 4 GewO. u. a. m. Vergl. die Bemerkungen nach Art. 10 HGB. im XI. Bande (1. Abt.) der Manz'schen Gesetzesausgabe.

Artikel 11.

Durch die Landesgesetze, welche in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, wird die Anwendung der Bestimmungen des Gesetzbuches nicht ausgeschlossen; ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt.

Der Artikel betont der Deutlichkeit wegen, daß das HGB. allein für den Begriff der Kaufmannsqualität maßgebend ist. Vergl. § 7 zu Art. 4. Es kann dies zur Folge haben, daß jemand Kaufmann ist, der zum Betriebe seines Gewerbes keine polizeiliche Befugnis hat. Er muß alsdann in das Register eingetragen werden und kann dies auch verlangen (ebenso Behrend § 32, Anm. 10; Randa I, S. 140; AdlEl. 631). Vergl. auch § 9 zu Art. 4.

Auch in AdlEl. 1538 wurde nicht das Gegenteil ausgesprochen; es wurde die Eintragung hauptsächlich aus dem Grunde abgelehnt, weil der Beginn des Betriebes nicht nachgewiesen war (anders Goldschmidt § 44, Note 7; ferner Allfeld S. 79 und anscheinend auch Nemethy, Formularien S. 232). Nur ausnahmsweise ist der Nachweis polizeilicher Konzessionserteilung Bedingung der Eintragung, so bei Aktiengesellschaften und Lagerhausunternehmungen (§ 6 LagHG.; Adler, Lagerhausrecht S. 59).

[19]) Hiemit ist die frühere Streitfrage, ob gegen registrierte Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, da sie doch nicht ins Handelsregister eingetragen sind, die Handelsgerichtsbarkeit begründet war (vergl. Stroß, Genossenschaftsrecht S. 123), erledigt. In anderer Hinsicht z. B. bezüglich der Anwendung der §§ 5, 6 AnfG. des Art. XIV Z. 3 EG. zur ZPO. sind Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nicht den im Handelsregister eingetragenen Kaufleuten gleichzustellen (OGH. am 16. März 1905, ZBl. 1905, 148, AdlEl. 2123; dagegen werden bei AdlEl. 703, 2047 die Bestimmungen der §§ 191 ff. KO., auf Handelsgeschäfte betreibende Gewerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften für anwendbar erklärt.

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Von dem Handelsregister.[1])

Artikel 12.

Bei jedem Handelsgerichte ist ein Handelsregister zu führen, in welches die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind.

Das Handelsregister ist öffentlich. Die Einsicht desselben ist während der gewöhnlichen Dienststunden einem jeden gestattet. Auch kann von den Eintragungen gegen Erlegung der Kosten eine Abschrift gefordert werden, die auf Verlangen zu beglaubigen ist.

Einleitung. Der Artikel ordnet **die Führung des Handelsregisters**[2]) an und normiert **den Inhalt und den Charakter** desselben. Der Inhalt des Artikels zerfällt hienach in 1. die Anordnung, daß und wo das Handelsregister geführt werden soll (Abs. 1), 2. die Normierung seines Inhaltes (ebenfalls Abs. 1), 3. die Feststellung seines öffentlichen Charakters (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Anordnung der Führung des Handelsregisters.** Das HGB. bestimmt nur, daß bei jedem Handelsgerichte ein Register zu führen ist. Näheres über die Registerführungstätigkeit ist im HGB. nicht vorgeschrieben. Es gilt hierüber folgendes:

a) **Das Register wird vom Handelsgerichte geführt.** Als solches fungieren die selbständigen Handelsgerichte und die Handelssenate der Kreis- und Landesgerichte (§ 1 der V. vom 9. März 1863, RGBl. Nr. 27, Art. VIII, Z. 5 EG. zur JN.). In höherer Instanz entscheiden die Oberlandesgerichte (§ 15, Abs. 2 EG. zum HGB., § 4 JN.). Nähere Vorschriften über die Führung der Handelsregister enthält die Verordnung der Ministerien der Justiz und des Handels im Einvernehmen mit dem Finanzministerium vom 9. März 1863, RGBl. Nr. 27, und die diese Verordnung teilweise abändernde auf Grund des § 127 des GmbHG. erflossene V. vom 26. Apr. 1906, RGBl. Nr. 89. Das Handelsregister ist für die Firmen, deren Registrierung erst nach dem 14. Juni 1906 begehrt wird, in drei Abteilungen zu führen. Die erste Abteilung (A) dient zur Eintragung der Firmen der Einzelkaufleute, offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, die zweite Abteilung (B) ist bestimmt zur Aufnahme der Firmen von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, in die dritte Abteilung (C) werden die Firmen der Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingetragen.

---

[1]) Literatur: Vergl. Bruno Mayer. Das sogenannte Publizitätsprinzip im österreichischen Handelsrechte. WZ. 32, S. 245 ff., 449 ff.

[2]) Die Handelsregister sind an die Stelle der früheren Handelsmatriken und Handelsprotokolle getreten (Canstein I. S. 143). Der Ausdruck protokollierte Firma hat sich aber nicht nur im kaufmännischen Sprachgebrauche und in der Judikatur erhalten, er kommt auch im Texte der neueren Gesetze vor (Art. XIV, Abs. 3 EG. zur ZPO.). Nr. 2069 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses (17. Session 1904) enthält einen Entwurf zu einem „Gesetz, womit die Vorschriften über die Eintragungen in dem Handels- und Genossenschaftsregister ergänzt und abgeändert werden" (20 §§) samt erläuternden Bemerkungen. Dieser Entwurf enthält Bestimmungen über die Verpflichtung zur Anmeldung des Gegenstandes des Unternehmens und einer Änderung dieses Gegenstandes, über die Löschung von Firmen von Amts wegen, über die Eintragung von Zweigniederlassungen und Verlegung des Sitzes einer Firma und die Kundmachung von Eintragungen.

Digitized by Google

Handeltreibende juristische Personen, die keine Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind, müssen als Einzelkaufleute angesehen werden; ihre Firmen sind in die Abteilung A einzutragen (Randa I, S. 131; AdlEl. 2004). Über brauberechtigte Bürgerschaften vergl. § 6 zu Art. 85.

b) **Der Registerrichter hat nicht etwa eine allgemeine Disziplinargewalt über den Handelsstand** zum Zwecke der Beachtung der registerlichen Vorschriften, sondern lediglich die ihm ausdrücklich durch Gesetz verliehenen, einzelnen Befugnisse (Johow und Küntzel 1, S. 10).

c) **Die Tätigkeit des Registerrichters wird in der Weise ausgeübt**, daß er die Beteiligten zur Anmeldung der nach gesetzlicher Vorschrift einzutragenden rechtlichen Ereignisse anhält, ausnahmsweise erfolgt die Eintragung auch ohne Anmeldung (näheres hierüber, insbesondere über das hiebei vorgesehene Zwangsverfahren zu Art. 26).

d) **Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat**, kann nur im Einzelfalle gesagt werden. **Wo als anmeldungspflichtig eine Mehrheit von Personen in Betracht kommt**, da kann nicht mit Schultze-Görlitz (S. 27) die allgemein bindende Regel aufgestellt werden, daß sämtliche in Frage kommenden Personen bei der Anmeldung mitwirken müssen; vielmehr ist jedesmal zu untersuchen, ob das Gesetz allen Beteiligten persönlich die Verpflichtungen auferlegen wollte oder ob sie hiebei als Vertreter figurieren. Im letzteren Falle genügt es, daß so viele Personen bei der Anmeldung mitwirken, als zur Vertretung legitimiert sind.

e) **Form der Anmeldung.** Für die meisten Anmeldungen ist im HGB. vorgeschrieben, daß die Anmeldung persönlich vor dem Handelsgerichte oder schriftlich in beglaubigter Form zu geschehen habe (Art. 45, 88, 135, 151, 152, 155, 156, 172, 176, 179, 210, 212). In einzelnen Fällen fehlt es dagegen an einer solchen Bestimmung, z. B. in Art. 19, wo die Vorschrift nur für die Personenbezeichnung, nicht für die Anmeldung gegeben ist, ferner in Art. 129, Art. 135, Abs. 1, Satz 1. Die Differenz ist nicht beabsichtigt. Bereits auf Grund des HGB. muß das Erfordernis persönlicher oder beglaubigter Anmeldung für alle Registereintragungen angenommen werden (Behrend, § 39, Anm. 40 a). Das österreichische EG. (§ 10, Abs. 2) hat die Beglaubigungsvorschrift generalisiert. Trotzdem die erwähnte Bestimmung bloß von den „im HGB." vorgeschriebenen Anmeldungen spricht, muß sie im Wege einer ausdehnenden Auslegung auf alle Parteianmeldungen, die zu einer Eintragung ins Register führen sollen, bezogen werden, insbesondere auch auf die in §§ 16, 17 EG. erwähnte Eintragung der Ehepakten der Gattin eines registrierten Kaufmannes (Randa I, S. 107, Nr. 169 a; Kafka, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall, S. 214, dagegen AmtlS. 574).[8]) Die Anmeldung zum Handelsregister kann auch zu Protokoll gegeben werden. Das Protokoll kann auch in der Gerichtskanzlei aufgenommen werden, aber nur über richterliche Anordnung (§ 55 GOG., § 321, Z. 8 GeschO.). Die Vorschriften über die Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift sind

[8]) Die oben im Texte erwähnte Entscheidung beruft sich abgesehen vom Wortlaute des § 10 EG. auch darauf, daß das G. v. 25. Juli 1871, RGBl. 76, zur Gültigkeit der Ehepakte ohnehin einen Notariatsakt verlangt. Mit Recht bemerkt hiezu Kafka a. a. O. S. 215, daß er sich nicht um die Form des einzutragenden Rechtsgeschäftes sondern bloß um die Form der Anmeldung handelt.

Digitized by Google

auch bei der protokollarischen Anmeldung zu beobachten (§ 21, Abs. 2 der V. vom 9. März 1863).

§ 2. f) **Worauf erstreckt sich das Prüfungsrecht des Registerrichters bei der Eintragung?** Soweit das HGB., beziehungsweise das EG. hierüber keine Bestimmungen trifft, sind gemäß § 15, Abs. 2 EG. die Bestimmungen des KaisP. vom 9. Aug. 1854 maßgebend. Von selbst versteht es sich, daß er zu prüfen hat, ob die Anmeldung formell dem Gesetze entspricht (durch die anmeldungspflichtige und anmeldungsberechtigte Person, in der vorgeschriebenen Form usw. [vergl. Nemethy, Formularien S. 232]). Von selbst versteht es sich, daß er die rechtliche Zulässigkeit der Anmeldung zu prüfen hat. Trotz Rechtskraft einer unzulässigen Eintragung (z. B. einer unzulässigen Firma, eines unzulässigen Statutes) kann der Registerrichter die Parteien zur Bewirkung der zur Herbeiführung des gesetzlichen Zustandes nötigen Anmeldungen verhalten; in AmtlS. 791 ist dies gegen AdlCl. 1938 freilich nur für das Genossenschaftsregister ausgesprochen, die Gründe der Entscheidung sind aber auch für das Handelsregister zulässig. Nur darf der Richter derartige ungesetzliche Eintragungen nicht von Amts wegen beheben (V. Mayer S. 360, zu weitgehend AdlCl. 452). Fraglich ist aber, ob er auch die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen zu prüfen hat. Hiebei handelt es sich lediglich um die Erklärungen, welche die Parteien über das Bestehen desjenigen Rechtsverhältnisses abgeben, um dessen Eintragung es sich handelt.

§ 3. Bei den Erklärungen dieser Art wird angenommen, daß das Register nur die Erklärungen der Parteien beurkunde, nicht das Rechtsverhältnis selbst, daß das Register nur bezeuge, daß die Parteien die betreffenden Erklärungen abgegeben haben, nicht, daß das von ihnen Erklärte wahr sei (RG. in Strafsachen 18, S. 180; RG. in Zivilsachen 1, S. 243). Wäre das richtig, so ginge den Registerrichter die Wahrheit der Erklärungen nichts an, und er müßte sie eintragen, ohne sich um die Wahrheit zu kümmern. Allein diese Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden; sicherlich trifft dies nicht zu bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirksamkeit gehört, so bei der Eintragung der Aktiengesellschaft, die ja erst durch die Eintragung entsteht. Hier kann das Gericht überall nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden sein. Denn es kann den Parteien nicht überlassen bleiben, mit Hilfe der Eintragung nach ihrem Belieben Rechtsverhältnisse entstehen zu lassen, denen das Gesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Hilfe der Eintragung Wirksamkeit verleihen will, oder vielmehr den Schein des Entstehens solcher Rechtsverhältnisse mit Hilfe des Registers zu erwecken. Dem Registergerichte erwächst allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen festzustellen, in dieser Weise dürfte § 2, Z. 5 KaisP. nicht anzuwenden sein. Es kann vielmehr, wenn es kein Bedenken hat gegen die Zuverlässigkeit der abgegebenen Erklärungen, denselben ohneweiters Glauben schenken und die Eintragung bewirken. Aber es hat jedenfalls das Recht, die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen und insbesondere von den Parteien die ihm erforderlich scheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu fordern, und es hat auch die Pflicht dazu, wenn es

Digitized by Google

den Parteierklärungen nicht ohneweiters glaubt (§ 2, Z. 6 KaisP.). Das Gleiche gilt auch von den deklaratorischen Erklärungen, weil es dem Charakter einer amtlichen Beurkundung widerspreche, daß sie wissentlich eine falsche Tatsache mit ihrer Autorität deckt (Schultze-Görlitz S. 6). Dies ergibt sich übrigens ganz klar aus der Bestimmung des § 2, Z. 5 KaisP.: „Alle Umstände und Verhältnisse, welche auf die richterliche Verfügung Einfluß haben, hat das Gericht von Amts wegen zu untersuchen." Man wird darüber hinaus aber annehmen müssen, daß der Richter nicht bloß dann, wenn er die Unwahrheit der abgegebenen Erklärung kennt, sondern stets das Recht hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig zu machen. Er kann und muß aber, wenn er die Überzeugung von der Richtigkeit nicht ohneweiters hat, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit abhängig machen. Auch hier sind obige Gründe maßgebend. Ist der Richter verpflichtet, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen, so muß das Register auch freigehalten werden von Beurkundungen, von Erklärungen, die der Wahrheit zuwiderlaufen und deshalb zur Eintragung von Rechts wegen nicht führen dürften. Daß dies nicht geschehe, darüber hat der Registerrichter zu wachen. Hiezu kommt die rechtliche Bedeutung, welche der Eintragung allenthalben beigelegt wird. Nicht bloß daß die Anschauung der Rechtssuchenden in der Eintragung den Ausspruch des Gerichtes sieht, daß die Sache in Ordnung ist, auch die Gerichte sind von dieser Anschauung beherrscht. Nach der E. des RG. vom 5. Febr. 1898 in JW. S. 203 hat die Eintragung ins Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit für sich. Hat aber der Inhalt des Registers diese Wirkung, so muß man dem Richter das Recht geben, nur solche Erklärungen einzutragen, von deren Richtigkeit er selbst überzeugt (vergl. auch Rudorff bei Gruchot, Bd. 41, S. 71). Das gilt insbesondere für die Eintragung eines Gewerbetreibenden, der auf Grund des § 7 EG. Vollkaufmann zu sein behauptet. Die Anmeldung bedeutet, er betreibe ein Handelsgewerbe und sei Vollkaufmann, nicht, er werde ein Handelsgewerbe betreiben (RG. 22, S. 59). Die Eintragung ist von der Ermittlung derjenigen Tatsachen abhängig zu machen, welche die Vollkaufmannsqualität begründen, wenn der Richter von der Richtigkeit der Anmeldung nicht ohneweiters überzeugt ist, z. B. von der Steuerpflicht einer Aktiengesellschaft auf Grund der Höhe des angegebenen Grundkapitales (AdlCl. 413). Das zur Vollkaufmannsqualität erforderliche Maß der Steuerpflicht muß daher in der Regel vor der Registrierung nachgewiesen werden (AdlCl. 1141, 1282), aber nicht notwendigerweise durch die bereits erfolgte Steuerbemessung, sondern auch durch andere amtliche Zeugnisse von Behörden über den Umfang des Betriebes, aus denen das Maß der Steuerpflicht zweifellos zu erkennen ist (AdlCl. 1805, Blaschke-Pitreich S. 33; dagegen AdlCl. 1771 und Nemethy, Formularien Nr. 187). Die Worte im § 7 EG. „zu entrichten haben", auf die der OGH. sich in der letzterwähnten Entscheidung stützt, bedeuten aber nur, daß der Umfang des Betriebes ein solcher ist, daß er nach den für die Steuerbemessung geltenden Grundsätzen unter die genannten Steuersätze fällt, nicht, daß der Steuersatz bereits von der zuständigen Behörde festgestellt ist. Hat die zuständige Behörde bereits rechtskräftig die Steuer bemessen, so hat der

Digitized by Google

Registerrichter bloß zu prüfen, ob der festgestellte Steuersatz die im § 7 EG. zur Vollkaufmannsqualität geforderte Höhe hat; eine Prüfung, ob die Steuer richtig bemessen ist, steht dem Registerrichter nicht zu (Nemethy, Formularien S. 230). Nachzuweisen ist auch, daß ein gewerbsmäßiger Betrieb tatsächlich vorliegt, nicht auch die gewerbepolizeiliche Befugnis zu demselben (vergl. zu Art. 11). Damit ist dem Eintragungswerber nicht etwa eine formelle Beweislast auferlegt; der Registerrichter hat vielmehr im Sinne des § 2, Z. 5 KaisP. die zur Ermittlung der maßgebenden Umstände notwendigen Erhebungen von Amts wegen vorzunehmen (AdlCl. 1686, 1844). V. Mayer a. a. O. S. 266 wendet sich gegen die obigen von der herrschenden Meinung abweichenden Ausführungen über das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters; sein Hauptargument gegen unsere Ansicht besteht darin, daß § 15, Abs. 2 EinfG. die Anwendung der Bestimmungen über das Verfahren außer Streitsachen auf die Tätigkeit des Registerrichters nicht allgemein anordnet, er beziehe sich bloß auf die in §§ 10 bis 12 EinfG. erwähnten Geschäfte; in diesen Paragraphen sei aber das Eintragungsverfahren nicht erwähnt. Der Wortlaut des § 15, Abs. 2 EinfG. scheint aber zu einer solchen Auslegung keinen Anlaß zu bieten; es ist doch nicht abzusehen, warum für das Verfahren bei Anmeldungen andere Vorschriften gelten sollen als für das Verfahren bei Eintragungen und warum für das Genossenschaftsregister (vergl. § 7 der V. vom 14. Mai 1873, RGBl. Nr. 71: „. . .in Betreff der Führung des Registers gelten . . . die Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren außer Streitsachen") etwas anderes gelten soll als für das Handelsregister.

§ 4. g) **Nur Parteianmeldungen führen in der Regel zur Eintragung und nur wenn der Registerrichter sie nach seiner Prüfung für eintragungsfähig hält.** Ausnahmsweise werden Eintragungen von Amts wegen vorgenommen, nämlich folgende: die Anmerkung des Konkurses, wenn ein solcher über einen Einzelkaufmann, eine Handelsgesellschaft oder einen persönlich haftenden Gesellschafter oder einen Kommanditisten verhängt wird (§ 14 EG. zum HGB., §§ 202 bis 204 KO.); die Anmerkung der bewilligten Zwangsverwaltung eines Handelsgeschäftes und des Namens des bestellten Verwalters im Handelsregister ist — wenn die Firma des Verpflichteten im Handelsregister eingetragen ist — vom Exekutionsgerichte von Amts wegen zu veranlassen (§ 342 EO.).[4]) Das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung verpflichtet in gewissen Fällen den Registerrichter zu einer Eintragung oder Löschung von Amts wegen (§§ 44, 88, 89). Der Registerrichter hat selbständig vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes, dessen Interessen das Register dienen soll, sein Prüfungsrecht walten zu lassen. Daraus folgt, daß das **Prozeßgericht** nicht eine Eintragung in das Register bindend anordnen kann, etwa **durch einstweilige Verfügung.** Das Prozeßgericht kann nur die Rechtsverhältnisse regeln, und diese Regelungen können rechtliche Ereignisse sein, welche der Eintragung fähig und bedürftig sind. Alsdann ist der Registerrichter schon von Amts wegen verpflichtet, auch die Anmeldung zu erzwingen. Aber ob die prozeßrechtlichen Ent-

[4]) Dagegen ist die durch die Zwangsverpachtung einer Handelsunternehmung eingetretene Änderung in der Person des Inhabers über Anmelden der Partei einzutragen (14. Sept. 1902, NotZ. 1903, 16, 16. März 1904, JW. 1904, S. 13).

Digitized by Google

scheidungen diesen Charakter haben, unterliegt der selbständigen Prüfung des Registerrichters, der Prozeßrichter kann die Eintragung nicht bindend anordnen (Johow und Küntzel 4, S. 36; Allfeld S. 26; anders Behrend § 39, Anm. 34; Puchelt-Förtsch Anm. 4).

§ 5. Die Sätze, daß in der Regel nur Parteianmeldungen zu Registereintragungen führen und der Registerrichter die Zulässigkeit einer Eintragung selbständig zu prüfen hat, bedürfen einer besonderen Erörterung hinsichtlich ihrer Anwendung im **Exekutionsverfahren**. Ist durch eine rechtskräftige Entscheidung die Verpflichtung zur Vornahme einer Anmeldung zum Handelsregister ausgesprochen, so kann die Eintragung nur über Anmeldung des Verpflichteten erfolgen. Diese kann im Exekutionswege nach § 354 EO. erzwungen werden. Eine Supplierung der Anmeldung durch den Richter (wie etwa bei grundbücherlichen Einverleibungen nach § 350 EO.) ist hier nicht vorgesehen. Auch § 367 EO. findet keine Anwendung, denn die Anmeldung ist eine Handlung und keine bloße Willenserklärung (vergl. R. Pollak, Zivilpr. S. 6, Nr. 17; B. Mayer S. 497).

Wird jemand verurteilt, eine bestimmte Anmeldung zum Register zu bewirken, und kommt er dieser Pflicht freiwillig oder unter dem Zwange des § 354 EO. nach, so ist der Registerrichter an sich noch nicht verpflichtet, die der Anmeldung entsprechende Eintragung vorzunehmen, wenn er die begehrte Eintragung für unzulässig hält oder erachtet, daß sie nicht auf Begehren des zur Anmeldung Verurteilten allein vorgenommen werden kann. Das Urteil macht bloß den Widerspruch des Verurteilten, an der Anmeldung mitzuwirken, gegenstandslos (vergl. hiezu Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, S. 192 ff.).

Ist aber durch rechtskräftiges Urteil ein solches Rechtsverhältnis festgestellt oder durch konstitutives rechtsgestaltendes Urteil (vergl. Stein, GZ. 1897, Nr. 9) begründet, wie z. B. die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft (Art. 125) oder die Ausschließung eines Gesellschafters (Art. 128), welches der Eintragung ins Handelsregister bedarf, so kann der Registerrichter in eine Prüfung der Entscheidung des Prozeßrichters nicht eingehen; er hat nur zu prüfen, ob das durch das Urteil des Prozeßgerichtes festgestellte oder geschaffene Rechtsverhältnis eintragungsfähig ist. Ist dies der Fall, so kann der Registerrichter, wenn es sich um ein rechtsgestaltendes Urteil handelt, auch von Amts wegen die bezüglichen Anmeldungen erzwingen. Zu dieser Tätigkeit kann der Richter natürlich wie von jedermann auch von dem an der Anmeldung Interessierten angeregt werden, und dem Antragsteller steht gegen die Ablehnung seines Antrages das Recht der Beschwerde zu (vergl. § 1 a zu Art. 26). Aber zu betonen ist, daß ein derartiger Antrag bloß Anregung des Registerrichters zu seiner offiziosen Tätigkeit, nicht etwa ein Exekutionsgesuch ist. Will sich der Kläger nicht mit der ihm gewährten Möglichkeit, den Registerrichter im offiziosen Wege anzuregen, den Anmeldungspflichtigen zur Anmeldung der Eintragung des streitigen Rechtsverhältnisses durch die dem Registerrichter zu Gebote stehenden Zwangsmittel (bloß Geldstrafen) zu zwingen, begnügen, will er sich die Möglichkeit offen halten, den zur Anmeldung oder zur Mitwirkung bei derselben Verpflichteten hiezu im Wege des § 354 EO. durch Geldstrafen oder Haft zu zwingen, so muß er in sein Klage-

Digitized by Google

begehren neben dem Antrage auf Fällung des rechtsgestaltenden Urteiles auch einen solchen auf Verurteilung des Beklagten, die Anmeldung des zu schaffenden Rechtsverhältnisses vorzunehmen oder bei derselben mitzuwirken, aufnehmen. Dann liegt auch ein kondemnatorisches Urteil vor, und die Anmeldung kann sowohl im offiziosen Wege wie im Wege der EO. erzwungen werden. Anderenfalls bildet ein derartiges Urteil, z. B. ein solches, welches die Auflösung einer Handelsgesellschaft oder die Ausschließung eines Gesellschafters ausspricht, keinen Exekutionstitel, auf Grund dessen im Exekutionswege um die bezügliche Löschung im Handelsregister angesucht werden könnte. Denn ganz abgesehen davon, daß bei einem solchen Urteile die formalen Erfordernisse eines Exekutionstitels im Sinne des § 7, Abs. 1 EO. nicht vorhanden sind, fehlen hier überhaupt die begrifflichen Voraussetzungen einer Exekution. Dieselben bestehen darin, daß die vom Kläger behauptete Rechtslage gemäß der richterlichen Feststellung zwangsweise zu verwirklichen ist. Eine solche zwangsweise Verwirklichung ist aber in unserem Falle nicht notwendig, denn der vom Kläger angestrebte Rechtszustand, Auflösung einer Handelsgesellschaft, Ausschließung eines Gesellschafters, ist mit Rechtskraft der der Klage stattgebenden Entscheidung infolge deren konstitutiver rechtsgestaltender Kraft bereits zur Existenz gelangt und bedarf zu seiner Verwirklichung nicht der nachfolgenden Eintragung ins Handelsregister, die lediglich von deklarativer Bedeutung ist (anderer Ansicht Oberlandesgericht Wien vom 12. Juli 1898, R. II, 71/98 [nicht veröffentlicht]).

Auf Grund eines bloßen Feststellungsurteiles kann der Registerrichter nicht von Amts wegen eine Eintragung oder Löschung erzwingen; der Kläger muß daher mit seinem Feststellungsbegehren stets den Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Bewirkung der entsprechenden Anmeldung verbinden, z. B. wenn es sich um eine Klage auf Unterlassung des Gebrauches einer Firma (Art. 27) handelt und der Tatbestand, auf Grund dessen Kläger zur Klage nach Art. 27 berechtigt ist, nicht gleichzeitig auch den Registerrichter zum Einschreiten von Amts wegen auf Grund des Art. 26 berechtigt (vergl. § 1 a zu Art. 26).

§ 6. h) **Beschwerderecht.** Dasselbe richtet sich gemäß § 15, Abs. 2 EG. zum HGB. nach den Bestimmungen des KaisP. vom Jahre 1854. Sohin gegen den Beschluß der ersten Instanz Beschwerde an das Oberlandesgericht oder Vorstellung (§ 9 KaisP.); Zulässigkeit des Vorbringens von neuen Tatsachen und Beweisen in der Beschwerde (§ 10 KaisP.); vierzehntägige Rekursfrist und Möglichkeit der Berücksichtigung verspätet angebrachter Rekurse (§ 11 KaisP.; Blaschke-Pitreich S. 24; AdlCl. 57; im Ergebnis zustimmend B. Mayer a. a. O. S. 276). Der ordentliche Revisionsrekurs ist immer zulässig, der außerordentliche nur bei offenbarer Gesetz- oder Aktenwidrigkeit oder Nichtigkeit (§§ 14 und 16 KaisP.). Gegen mutwillige oder zur Verzögerung der Sache eingebrachte Revisionsrekurse können gemäß § 16 KaisP. und § 528 ZPO. Mutwillensstrafen verhängt werden. Über das Ordnungsstrafverfahren siehe zu Art. 26. Über das Beschwerderecht öffentlicher Organe vgl. § 1 b zu Art. 26.

§ 7. 2. (Abs. 1.) **Die Normierung des Inhaltes des Handelsregisters.** Der Artikel bestimmt, daß alle in diesem Gesetzbuche angeordneten Ein-

Digitized by Google

tragungen aufzunehmen sind. Diese Inhaltsnormierung ist erschöpfend und obligatorisch:

a) **Sie ist erschöpfend.** Andere Eintragungen, als sie in dem HGB. vorgesehen sind, sind unzulässig (Motive zum preußischen Entwurf S. 10; GZ. 21, S. 525). — Vergl. jedoch Abs. 2 dieses §. — Die Parteien können nicht die Eintragung beliebiger handelsrechtlicher Verhältnisse, z. B. einer Handlungsvollmacht, verlangen (AdlCl. 196 und 1216) oder der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der Organe einer juristischen Person (AmtlS. 877) oder der Pfändung eines Gesellschaftsanteiles (AdlCl. 829), oder des ehemännlichen Konsenses (Ullmann, WZ. 4. Bd., Note 90). Unzulässig ist auch die Eintragung, daß das Geschäft eines Einzelkaufmannes sich im Liquidationsstadium befindet (Randa I, S. 123, N. 7). Am allerwenigsten die Eintragung von Verhältnissen, die das Gesetz ausschließt, z. B. die Beschränkung einer Prokura oder der Vertretungsmacht des Aktiengesellschaftsvorstandes (vergl. AdlCl. 272), oder des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft (JMV. vom 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40). Auch die im Grundbuchsrechte übliche Eintragung von Vormerkungen ist hier nicht statthaft. Nur wirkliche Rechtsverhältnisse können eingetragen werden, nicht Vermerke, daß die Entstehung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen bevorsteht (Nowak Bd. 7, S. 289). Das Bedürfnis nach solchen Vormerkungen stellt sich besonders während des Schwebens eines Prozesses auf Auflösung einer Gesellschaft oder auf Ausschließung eines Gesellschafters heraus. Aber es wird gesetzgeberisch nicht befriedigt. Es kann daher nicht eingetragen werden der Vermerk, daß eine Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingeleitet ist (OGH. bei Nowak, Bd. 7, S. 289 und bei AdlCl. 1698) oder daß die Gesellschaft gekündigt ist (AdlCl. 292), wohl aber, daß einem Gesellschafter durch richterliche Verfügung die Vertretungsbefugnis entzogen ist (vergl. hierüber § 9 zu Art. 115). Die gleichwohl erfolgte unzulässige Eintragung ist wirkungslos, macht insbesondere das ungültige Verhältnis nicht gültig, da ja das Handelsregister das Gesetz nicht ändern kann (ROHG. 6, S. 140). Ein Vertrauen Dritter auf gesetzlich unzulässige Eintragungen (z. B. die Eintragung, daß ein Prokurist bestimmte Geschäfte nicht abschließen darf) findet im Gesetze keinen Schutz, denn der Rechtsirrtum des Registerrichters kann den Rechtsirrtum der Partei nicht entschuldigen (B. Mayer, S. 350). Auch die Eintragung der Art des Geschäftsbetriebes bei Einzelkaufleuten und offenen Handelsgesellschaften ist im Gesetze nicht vorgesehen. Gesuche um solche Eintragungen sollten daher, strenge genommen, zurückgewiesen werden (B. Mayer, S. 456). Die Praxis läßt jedoch die Eintragungen des Geschäftsbetriebes ganz allgemein zu und im Punkt 4 des III. Abschnittes der JMV. vom 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40, wird dieser Vorgang auch empfohlen, gleichzeitig aber anerkannt, daß ein Zwang gegen die Parteien, bei der Anmeldung die Art des Betriebes anzugeben, nicht geübt werden kann (vergl. Randa I, S. 103 und § 1 zu Art. 25). § 1 des in N. 2 zur Einleitung dieses Artikels angeführten Entwurfes enthält Bestimmungen über die Eintragung des Betriebsgegenstandes.

Das österreichische Recht ordnet noch weiters die Eintragungen der Anmerkung der Konkurseröffnung und der Zwangsverwaltung (vergl.

Digitized by Google

§ 4) an und läßt die Eintragung der Ehepakte eines registrierten Kaufmannes zu (vergl. § 2 zu § 16 EG. zum HGB.).

§ 8. b) **Sie ist obligatorisch.** Für das Gericht und das Publikum. Ins Belieben der Parteien ist bloß die Eintragung der Ehepakte der Gattin eines protokollierten Kaufmannes nach § 16 EG. gestellt. Die Führung des Registers in der Weise, daß in ein Hauptregister die Eintragungen im Auszuge gemacht, in einen Beilageband die einzutragenden Urkunden im Original gesammelt werden, wie es für Aktiengesellschaften und AKG. § 9 der V. vom 9. März 1863 vorschreibt, ist zulässig, da für das Beilagenbuch die gleiche Öffentlichkeit wie für das Handelsregister selbst besteht (§§ 17 und 22 der zit. V.). Vergl. Behrend § 103, Anm. 6.[5]) Zur Erzwingung der Eintragungen seitens des Publikums dient die Festsetzung von Ordnungsstrafen, die aber nicht durchwegs vorgesehen ist (vergl. Art. 26).

§ 9. 3. (Abs. 2.) **Der öffentliche Charakter des Handelsregisters.**[6]) Die Publizität ist dadurch gewahrt, daß

a) Jedem, also nicht bloß dem, der ein rechtliches Interesse darlegt, die Einsicht in das Register offen steht. Die Protokolle 918 fügen hinzu: auch der Unterlagen und Belege. Die herrschende Ansicht (Hahn, Puchelt-Förtsch, Makower, Endemann, Allfeld usw.) akzeptiert diesen Ausspruch (vergl. auch RG. 8, S. 66; RG. vom 31. Mai 1893 bei Gruchot 37, S. 1152); Behrend (§ 39, Anm. 15) verwirft ihn (vergl. auch RÖHG. 23, S. 284). Zutreffend schlichtet Birkenbihl (S. 219) die Kontroverse durch den Satz, daß alle diejenigen Urkunden öffentlich sind, welche nach dem Geiste des Gesetzes als für die Öffentlichkeit bestimmt zu betrachten sind. Das gilt von den Anmeldungen zur Eintragung, von den Firmenzeichnungen, von den Urkunden, welche den Anmeldungen beizufügen sind. Ferner aber von den nach den Vorschriften über Aktiengesellschaften „zum Handelsregister einzureichenden" Urkunden. Dagegen gilt dies nicht von denjenigen Urkunden, welche an das Handelsgericht bei Ausübung der ihm nach einigen Artikeln zugewiesenen judiziellen Tätigkeit gelangen (z. B. Art. 133, 134); auch nicht von denjenigen Schriftstücken, welche im Ordnungsstrafverfahren ergehen, endlich nicht von den sonstigen Korrespondenzen des Gerichtes. Mit den entwickelten Grundsätzen stehen die Bestimmungen der V. vom 9. März 1863 im Einklange. Dieselbe unterscheidet zwischen dem Beilagenbuche, das aus den Gesellschaftsverträgen, Beschlüssen und Genehmigungsurkunden der Aktiengesellschaften und AKG. besteht (§ 10, Abs. 1), und den Registerakten. Für das Beilagenbuch, das einen ergänzenden Bestandteil des Registers für Gesellschaftsfirmen bildet (§ 10, Abs. 5) gilt die Öffentlichkeit in gleichem Maße wie für das Handelsregister (§ 17 dieser V., § 18 EG.). Die gleiche Öffentlichkeit gilt hinsichtlich jener Registerakten, die in Eingaben, Urkunden und Protokollen bestehen, auf welchen eine Eintragung ins Handelsregister beruht (§ 28, Abs. 1). Von allen anderen Registerakten kann Einsicht und Abschriftnahme nur unter den Voraussetzungen

[5]) Von dem Register wohl zu unterscheiden sind die Registerakten (bestehend aus den Anmeldungen und ihren Anlagen, den Korrespondenzen und Verfügungen des Gerichtes). Vergl. § 28 der Vdg. vom 9. März 1863.

[6]) Vergl. hiezu Birkenbihl, Inhalt und Umfang der Öffentlichkeit des Handelsregisters in Kohler und Rings Archiv 6, S. 208 ff.

Digitized by Google

genommen werden, unter denen das in Ansehung anderer Registraturs-akten zulässig ist (siehe hierüber § 288 GeschO.). Ebenso ist es nicht unbedenklich, die Äußerung der Protokolle S. 22, daß die Einsicht nicht bloß während der Dienststunden, sondern in dringenden Fällen auch darüber hinaus zu gestatten ist, für maßgebend zu erachten. Eine gesetzliche Pflicht besteht vielmehr nach dieser Richtung nicht (vergl. Busch, Archiv 1, S. 171; Pollitzer S. 87; anders Allfeld S. 101; Hahn § 11; Blaschke-Pitreich S. 24). Auch § 18 EG. hat eine solche Verpflichtung nicht ausgesprochen, trotzdem er der Beschränkung auf die Dienststunden nicht gedenkt, da er bloß ausführen wollte, worin die Öffentlichkeit des Handelsregisters besteht. Die in den §§ 17 und 28 der V. vom 9. März 1863 enthaltene Beschränkung auf die Dienststunden entspricht daher dem Gesetze. Unzulässig erscheint es, nur innerhalb der Geschäftsstunden gewisse Sprechstunden für maßgebend zu erklären. Das verbietet auch § 42 GeschO.

b) Jeder hat das Recht, einfache und beglaubigte Abschriften der Eintragungen zu verlangen, ebenso von den im Beilagenbuche aufbewahrten Urkunden, sowie von den bei den Registerakten aufbewahrten Eingaben, Urkunden und Protokollen, auf denen eine Eintragung beruht (§ 18 EG. zum HGB., §§ 25 und 28 der V. vom 9. März 1863). Die V. vom Jahre 1863 erweitert diese Befugnis dahin, daß auch Zeugnisse — nur negative — über den Inhalt des Handelsregisters verlangt werden können (§ 25, Abs. 2 EG.). Es können also lediglich Zeugnisse verlangt werden, daß eine bestimmte Firma oder eine bestimmte Eintragung in Ansehung derselben im Handelsregister nicht vorkommt.[7]) Die Pflicht zur Ausstellung von Attesten folgern Schultze-Görlitz (S. 9) und Allfeld (S. 103), weil dies den Interessen des Publikums entspricht, ganz allgemein aus dem HGB. Doch ist dieser Grund nicht ausreichend. — Zur Auskunftserteilung sind die Registergerichte nicht verpflichtet (Schultze-Görlitz S. 9).

Zusatz zu Art. 12. Das Gesetz besagt nichts über die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragungen. Aus den speziellen Bestimmungen des Gesetzes ergeben sich hiefür folgende allgemeine Gesichtspunkte. **§ 10.**

1. **Rechtsbegründende Kraft haben die Eintragungen nur ausnahmsweise:** bei der Entstehung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 178), einer Aktiengesellschaft (Art. 211) und den Änderungen in den Statuten dieser Gesellschaften. Gleiches gilt bezüglich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und in Anwendung auf das Genossenschaftsregister bezüglich der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

2. **Regelmäßig aber ist die Eintragung nur die Beurkundung** einer auch anderweit zu beweisenden und wirkenden Tatsache (Keyßner in Holtzendorffs Rechtslexikon zum Artikel „Handelsregister"). So z. B. ist die Kaufmannsqualität, die Begründung und Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft nicht von der Eintragung abhängig. **§ 11.**

Über den Gegenstand, die Beweiskraft und die nach innen und außen wirkende Bedeutung dieser Beurkundungen gilt das Folgende:

[7]) Auch § 9 d. HGB. kennt nur eine Verpflichtung zur Ausstellung von Negativatteſten, da man die positiven Atteſte neben den Abschriften für entbehrlich hielt.

Digitized by Google

a) **Gegenstand** der Beurkundungen **ist die Tatsache, daß die Beteiligten die betreffenden Erklärungen abgegeben haben.** Nur diese Tatsache wird durch das Handelsregister konstatiert (RG. in Strafsachen 18, S. 179). Soweit diese Erklärungen rechtsbegründende Kraft haben, wird durch das Handelsregister implicite das so begründete Rechtsverhältnis bewiesen. Soweit aber die Parteierklärungen nur Tatsachen konstatieren, liefert das Register nur einen Beweis dafür, daß die Parteien die Tatsache konstatiert haben, nicht für diese Tatsache selbst (vergl. RG. 1, S. 243; ferner Johow 8, S. 15; ebenso Ring S. 248). Die Löschung eines Rechtsverhältnisses bewirkt also nicht die Tilgung desselben, beurkundet auch nicht direkt diese Tilgung (wie die Fassung der Reichsgerichtsentscheidung 20, S. 170 lautet), sondern zunächst nur, daß die Interessenten diese Tilgung zum Register angezeigt haben; daraus können allerdings weitere Schlüsse gezogen werden.

§ 12. b) **Die Beweiskraft** der Beurkundungen ist diejenige, welche öffentlichen Urkunden überhaupt zukommt (§ 292, ZPO.; Klein, Vorlesungen S. 102). Danach ist der Gegenbeweis zulässig. Der erbrachte Gegenbeweis bewirkt die Hinfälligkeit der Eintragungen usw.; es besteht kein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes, daß jeder gutgläubige Dritte sich auf den Inhalt des Handelsregisters berufen kann, er braucht nur die Tatsachen, deren Einbringung gegen die Vorschrift des Art. 25 und 46 unterlassen wurde, nicht gegen sich gelten zu lassen (vergl. V. Mayer a. a. O., S. 343 ff., S. 358; das HGB. hat nicht die positive Seite, sondern in Art. 25 und 46 bloß die negative Seite des Publizitätsprinzipes für das Handelsregister zum Ausdrucke gebracht). Die Eintragung ist naturgemäß gegenstandslos, wenn der Gegenstand der Eintragung, die Erklärung, wegfällt, nicht abgegeben ist, so z. B. bei der Registrierung einer tatsächlich nicht erteilten Prokura (ROHG. 23, S. 285).[8]) Verschieden hievon sind die Fälle, in denen das Register zwar der Erklärung, diese aber nicht der wahren Sachlage entspricht. In diesem Falle ist das Register richtig, denn es gibt die abgegebene Erklärung wieder. Diese selbst aber ist, obwohl der Sachlage widersprechend, nicht ohne rechtliche Bedeutung. Es muß vielmehr derjenige, der eine Erklärung zum Zwecke der Registerbeurkundung abgegeben hat, seine Erklärung gegen sich gelten lassen, er wird an dem auf Grund seiner Erklärung Registrierten festgehalten, weil er es erklärt hat, und muß die Erklärung denen gegenüber gegen sich gelten lassen, die im Vertrauen auf dieselbe gehandelt haben (Canstein I, S. 345; V. Mayer a. a. O. S. 351 und die dort angeführte Literatur; ROHG. 3, S. 412; 24, S. 320; auch RG. 1, S. 243). Läßt sich z. B. eine Vereinigung von Minderkaufleuten als offene Handelsgesellschaft eintragen, so wird dadurch die Solidarhaft begründet (OLG. Dresden im Sächsischen Archiv 4, S. 184). Soweit aber nach der rechtlichen Lage des Falles die wahre Sachlage trotz der entgegenstehenden Eintragung maßgebend ist, so trifft doch denjenigen, der die unrichtige Registrierung veranlaßt hat, die Last des Gegenbeweises, so z. B. wenn jemand, um sich der Anwendung des Handelsrechtes zu

[8]) Über die Beseitigungen von Irrtümern die bei Eintragungen unterlaufen, enthalten die §§ 5, 12, 14 d. Vdg. vom 9. März 1863 Bestimmungen, diese beziehen sich nur auf aus Irrtum unterlaufene Abweisungen zwischen Anmeldung und Eintragung, nicht auf nachträglich entdeckte materielle Fehler der Eintragung (V. Mayer a. a. O. S. 360).

Digitized by Google

entziehen, behauptet, er sei nicht Kaufmann, obwohl er als solcher eingetragen ist [vergl. unten zu d) a. E.].

c) **Bedeutung der Beurkundung nach innen.** Die Eintragungen haben nicht die Kraft, Rechtsverhältnisse in bindender Weise zu regeln. Die Prüfung des Registergerichtes ist nur eine summaria cognitio und präjudiziert nicht abweichenden Entscheidungen des Prozeßrichters. Der Prozeßrichter ist nicht an die Rechtsansicht des Registerrichters gebunden, daß eine bestimmte Person als Kaufmann anzusehen ist; dies gilt freilich nur für den Fall, als es sich um die Anwendung des von der Kaufmannseigenschaft bedingten materiellen Rechtes handelt; bei Entscheidung der Zuständigkeitsfrage hat der Prozeßrichter nicht zu prüfen, ob der in ein inländisches Handelsregister eingetragene Beklagte (über Eintragungen in ein ausländisches Handelsregister vergl. Einleitung zu Art. 4) wirklich mit Recht als Kaufmann angesehen wurde. Bei anderer Ansicht wäre der Zweck des § 51, Z. 1 JN. eine sichere Grundlage für die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage zu bieten, vereitelt (vergl. zu dieser Frage Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht, S. 192 ff.). Die Eintragung macht nicht Ungesetzliches gültig (ROHG. 1, S. 140; AmtlS. 791); in manchen Fällen werden allerdings Mängel des eingetragenen Rechtsverhältnisses durch die Eintragung geheilt (vergl. § 2 zu Art. 211).

d) **Bedeutung der Beurkundung nach außen.** Ist die Eintragung (und Bekanntmachung nach Art. 13) geschehen, so muß ein Dritter die so kundbar gemachte Tatsache gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er die Tatsache weder gekannt habe, noch hätte kennen sollen. Zwar ist dieser Rechtssatz nicht allgemein ausgesprochen, doch ist er im einzelnen angewendet. Hier sind zu nennen: Art. 25, Abs. 3, Art. 46, Abs. 2, Art. 87, Abs. 2, Art. 115, 129, 135, 155, 171, 233; ferner § 17, Abs. 2 des GmbHG. und § 342, Abs. 1 EO. (vergl. hiezu Schubert-Soldern S. 436). Der Rechtssatz kann daher als allgemeines Prinzip gelten, da er allgemeinen Erwägungen entspricht. Dies ist auch bei der Diskussion des Art. 25 in zweiter Lesung festgestellt (P. 899, 927 bis 931); vergl. Makower Anm. 1e; Keyßner a. a. O.). Aber die hier gedachte Bedeutung nach außen tritt nur ein, wenn das Angemeldete wirklich eingetragen und publiziert ist, es genügt nicht, daß die Anmeldung gehörig erfolgt ist. Denn es handelt sich nicht um die Sorgfalt des Anmeldungspflichtigen, sondern um die Sicherheit des Verkehres (ROHG. 23, S. 280). Darüber, ob und in welcher Weise derjenige die Eintragung gegen sich gelten lassen muß, der sie bewirkt hat, siehe oben lit. c. — Der Inhalt des Registers schafft nach alledem eine Rechtsvermutung[9]) (Pollitzer S. 91; B. Mayer a. a. O. S. 330), infolge deren die Beweislast demjenigen zufällt, der gegen den Registerinhalt ein Recht in Anspruch nimmt (vergl. § 3 zu Art. 25).

Zusatz. Für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist am Sitze eines jeden Handelsgerichtes ein **Genossenschaftsregister** zu führen, auf welches die für das Handelsregister geltenden Bestimmungen Anwendung finden (§ 7 GenG.). **§ 13.**

[9]) Die hiedurch geschaffene Rechtsvermutung ist durch die ZPO. nicht beseitigt (§ 270 ZPO.). Doch gilt sie nur für das Publikum, während für die erkennenden Gerichte der Inhalt des Registers nicht als notorisch zu betrachten ist (RG. 13, S. 371).

Digitized by Google

Die Vorschriften über die Führung des Genossenschaftsregisters sind in der Verordnung vom 14. Mai 1873, RGBl. Nr. 71, enthalten. In dieses Genossenschaftsregister, und zwar ausschließlich in dasselbe sind auch jene Genossenschaften einzutragen, auf welche gemäß § 13 GenG. die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen des HGB. Anwendung finden (Blaschke-Pitreich S. 27, dagegen Canstein I, S. 362, 616).

Artikel 13.[10])

Die Eintragungen in das Handelsregister sind von dem Handelsgerichte, sofern nicht in diesem Gesetzbuche in einzelnen Fällen ausdrücklich ein anderes bestimmt ist, nach ihrem ganzen Inhalte durch eine oder mehrere Anzeigen in öffentlichen Blättern ohne Verzug bekannt zu machen.

Einleitung. Der Artikel ordnet **die Publikation** der Eintragung an. Sie entspringt der Absicht, daß jedermann auch ohne Abschrift und ohne Einsichtnahme des Inhaltes des Handelsregisters inne werden kann, und erhöht die im Art. 12 vorgesehene Publizität des Registers. Naturgemäß muß die Publikation die Eintragung getreu wiedergeben. Bei Widersprüchen zwischen beiden nimmt Behrend mit Recht an, daß eine gehörige Publikation überhaupt nicht erfolgt ist (§ 38, Anm. 18).

Über die Modalitäten der Publikation disponiert der Artikel wie folgt:

§ 1. 1. **Was ist zu publizieren?** „Die Eintragungen in das Handelsregister." Was nicht eingetragen ist, ist daher nicht bekannt zu machen. Die Branche, der Wohnort des Firmainhabers und das Geschäftslokal sollen strenge genommen überhaupt nicht ins Register eingetragen werden, wären daher auch nicht kundzumachen (hierüber Birkenbihl S. 236; Schulze-Görlitz S. 11). In der Praxis werden aber auch diese Daten eingetragen und kundgemacht, und die JMV. vom 9. Dez. 1901, sowie die derselben angeschlossenen amtlichen Formularien schreiben ebenfalls vor, daß sich Eintragung und Bekanntmachung auch auf die genannten Gegenstände zu beziehen hat (vergl. § 7 zu Art. 12).

§ 2. 2. **Wann** ist die Eintragung zu publizieren? Ohne Verzug. Ein bestimmtes Präjudiz ist daran nicht geknüpft, so daß nur das allgemeine Präjudiz der Beamtenverantwortlichkeit gilt.

§ 3. 3. **Wie?** Ihrem ganzen Inhalte nach, soweit nicht ein anderes im Einzelfalle bestimmt ist. Ausnahmebestimmungen enthält das Gesetz über auszugsweise Publikationen und Fortlassung einzelner Punkte, erstere bei Statuten der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften, letztere bei der Person und der Vermögenseinlage von Kommanditisten (Art. 151). Da nach Abschnitt I der V. vom 9. Dez. 1901 für die im „Zentralblatt für die Eintragungen in das Handelsregister" bestimmten Kundmachungen und die Ausfertigung der Eintragungsbeschlüsse in der Regel dieselben amtlichen Formularien[11]) zu verwenden sind, so wird von nun der Inhalt der Eintragung und der Kundmachung sich wohl decken. Im „Zentralblatte" erfolgt die Kundmachung in derselben Sprache, in der das zur

[10]) Literatur: Birkenbihl a. a. O. S. 232 ff.

[11]) Dieselben Formularien sind auch zur Ausfertigung der für die amtliche Landeszeitung bestimmten Kundmachungen zu verwenden (JME. vom 14. Dezember 1901, bei Némethy, Formularien Nr. 188, Anm. 10. Durch den JME. vom 27. April 1906, JMVBl. Stück VIII wurde eine Änderung im Texte dieser Formularien verfügt, um dieselben den Bestimmungen der Vdg. vom 26. April 1906, RGBl. 89 (vergl. § 7, Art. 12) anzupassen.

Digitized by Google

Kundmachung bestimmte Formular vom Gerichte ausgefüllt ist (V. vom 10. Dez. 1901, I. Abschnitt). Es ist übrigens auch sonst selbstverständlich, daß die Kundmachung jedenfalls in jener Sprache stattfinden muß, in der die Eintragung stattgefunden hat.

4. **Wo?** In öffentlichen Blättern, worüber das Nähere Art. 14 besagt. § 4.
5. **Wie oft?** Ein oder mehrere Male. Hierüber entscheidet das HGB. nichts. § 5.

Zusatz. Auch hier besagt das Gesetz nichts über die **zivilrechtliche Bedeutung der Publikation.** Sie besteht darin, daß die der Eintragung innewohnende Bedeutung nach außen, wie sie im § 7 d zu Art. 12 dargelegt ist, abhängig ist von der zur Eintragung hinzutretenden Publikation, während der Beteiligte selbst die Eintragung auch ohne Bekanntmachung gegen sich gelten lassen muß. Unter Umständen genügt auch nach außen die Tatsache der Eintragung allein, z. B. um das Recht der Firma zu wahren — Art. 20 — (über alles dieses Puchelt-Förtsch Anm. 1).

Artikel 14.

Jedes Handelsgericht hat für seinen Bezirk alljährlich im Monat Dezember die öffentlichen Blätter zu bestimmen, in welchen im Laufe des nächstfolgenden Jahres die im Art. 13 vorgeschriebenen Bekanntmachungen erfolgen sollen. Der Beschluß ist in einem oder mehreren öffentlichen Blättern bekannt zu machen.

Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen und öffentlich bekannt zu machen.

Inwiefern die Gerichte bei der Wahl der zu bestimmenden Blätter an Weisungen höherer Behörden gebunden sind, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

Der Artikel trifft Bestimmungen über die Wahl der zu den Publikationen des Art. 13 bestimmten Blätter.[12]) § 1.

Dieser Artikel hat durch § 11 EG. zum HGB. eine teilweise Abänderung erfahren. Nach diesem Paragraphen steht die Wahl der zur Kundmachung bestimmten Blätter dem Statthalter, beziehungsweise Landespräsidenten für sein Verwaltungsgebiet zu. Derselbe hat vor der Wahl mit den Handelsgerichten Rücksprache zu nehmen. Die Verlautbarung der getroffenen Wahl erfolgt durch das Handelsgericht.

1. Dem lange gefühlten Bedürfnisse nach einem Zentralorgan für handelsgerichtliche Publikationen ist durch die JMV. vom 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40, entsprochen. Es wird vom Jänner 1902 an vom Handelsministerium ein „Zentralblatt für die Eintragungen ins Handelsregister" herausgegeben, in welchem die Eintragungen sämtlicher Handelsregister der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder kundgemacht werden. Da durch § 11, Abs. 2 EinfG. die Wahl der zur Bekanntmachung der Eintragungen ins Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter dem Chef der Landesbehörde freigestellt ist, so kann durch die angeführte Verordnung eine Verpflichtung, gerade das Zentralblatt als Kundmachungsorgan zu bestimmen, nicht geschaffen werden. Seit Erlassung der erwähnten Verordnung wurde von den Chefs der Landesbehörden stets das Zentralblatt unter die zur Kund-

[12]) Vergl. hierüber Birkenbihl S. 250 ff.

Digitized by Google

machung bestimmten Blätter aufgenommen und diese Praxis wird wohl keine Änderung erfahren.

§ 2. 2. Die Bestimmung der Blätter soll im Monate Dezember erfolgen, also nicht später, aber auch nicht früher.

§ 3. 3. Die getroffene Wahl muß öffentlich bekannt gemacht werden, nach § 29 der V. vom 9. März 1863, durch dreimalige Einschaltungen in die zu gerichtlichen Kundmachungen bestimmten Zeitungen des Landes.

§ 4. 4. Die einmal getroffene Wahl ist maßgebend:
a) für das ganze laufende Jahr, innerhalb desselben darf nicht variiert werden, auch wenn ein Blatt seinen Leserkreis verlieren sollte,
b) insofern, als alle Anzeigen in alle gewählten Blätter einzurücken sind (P. 897).

§ 5. 5. **Geht ein Blatt während des Jahres ein**, so bestimmt das Gericht ein anderes Blatt. Bis diese Bestimmung getroffen ist, genügt die Publikation durch die übrigen Blätter (Schultze-Görlitz S. 12).

Dritter Titel.

Von Handelsfirmen.

Artikel 15.

Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Einleitung. Der Artikel bestimmt, daß jeder Kaufmann im Handel unter einem bestimmten Namen seine Geschäfte betreibt und Unterschriften abgeben soll. Die Vorschrift, die sich nicht auf Minderkaufleute bezieht (§ 7 EG.), hat rechtspolizeiliche und zivilrechtliche Bedeutung.

§ 1. I. **Die rechtspolizeiliche Bedeutung der Vorschrift** liegt darin, daß ein- für allemal feststehen soll, unter welchem Namen der Kaufmann geschäftlich handeln will. Das Handelsgericht hat darauf zu achten, daß er stets die einmal gewählte Firma gebraucht, und zwar so wie sie eingetragen ist (AdlCl. 2003, 2121, OGH. vom 4. April 1905, JBl. 1905, 22, 20. Juni 1905, NotZ. 1905, 34). Doch kann ein Kaufmann für mehrere Etablissements auch mehrere Firmen haben (P. 920; ROHG. 20, S. 34; OLG. München in GZ. 42, S. 500), nicht aber für zwei nicht gesondert betriebene Geschäfte (OLG. München in GZ. 42, S. 500), auch wenn er eines davon mit dem Firmenrechte erworben hat, als er das andere schon betrieb (Behrend § 40, Anm. 60). Er kann und muß in solchem Falle zwischen beiden Firmen wählen (Allfeld S. 118, Note 18), nicht aber beide Firmen kombinieren oder beide getrennt und abwechselnd führen.

§ 2. II. **Die zivilrechtliche Bedeutung der Firma.** Die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel auftritt, kurz **der Handelsname des Kaufmannes** (P. 34). Daraus ergeben sich für die Erläuterung folgende Gesichtspunkte:

1. Die Firma ist der **Name** des Kaufmannes, daraus folgt:
   a) Positiv: Die Geschäfte, welche er unter diesem Namen im Handel schließt, berechtigen und verpflichten ihn, insbesondere seine schriftlichen Verpflichtungen, auch wenn sein bürgerlicher Name nicht beigefügt ist (ROHG. 10, S. 410). Desgleichen die Geschäfte, welche seine legitimierten Vertreter für seine Firma schließen, wenn auch

Digitized by Google

seine Inhaberschaft nicht bekannt war (ROHG. 17, S. 239). Indessen ist der vorgeschriebene Gebrauch des Firmennamens nicht zivilrechtlich als wesentliche Förmlichkeit aufzufassen; unterschreibt daher der Kaufmann eine Urkunde anders als mit seiner Firma, etwa mit seinem davon abweichenden bürgerlichen Namen oder auch sonst, so folgt daraus nicht die Ungültigkeit der Urkunde, wenn nur Absicht und Herkunft der Urkunde klar sind (GlU. 6149); dies gilt besonders für abgekürzte Firmenzeichnungen im telegraphischen Verkehre (ROHG. 16, S. 207) und auch dann, wenn sich der Kaufmann einer unzulässigen Firma bedient hat (ROHG. 22, S. 72; RG. 17, S. 75). Anders liegt die Sache bei Formalakten, wie bei der Wechselunterschrift (ROHG. 12, S. 173, 14, S. 202); doch führen auch hier unwesentliche Abweichungen nicht zur Ungültigkeit; unwesentlich ist diejenige Abweichung, welche einen Zweifel über die Identität nicht erzeugt (ROHG. 14, S. 173; AdlEl. 687). Vergl. Näheres hierüber Staub, WO. 6 zu Art. 21; Grünhut, Wechselrecht I, S. 319).

b) Negativ: Die Firma ist lediglich der Name des Kaufmannes. Sie § 3.
ist „nichts anderes als sein Handelsname, sie statuiert und repräsentiert keinerlei Rechtssubjekt neben und außer ihm" (ROHG. 3, S. 411), und auch zwischen seinem Privat- und seinem Geschäftsvermögen wird beim Einzelkaufmanne nicht wie bei Handelsgesellschaften unterschieden (ROHG. 11, S. 149). Mehrere Firmen eines Kaufmannes bilden daher nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten (ROHG. 15, S. 176; über die Zulässigkeit mehrerer Firmen siehe Opet, GZ. 49, S. 60); die Gläubiger der einen Firma können sich, auch wenn die Etablissements an verschiedenen Orten sich befinden, an das Vermögen des anderen halten (ROHG. 20, S. 36; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 442), denn es handelt sich um einen Schuldner; der über einen Einzelkaufmann ausgebrochene Konkurs ergreift sein gesamtes Vermögen und deshalb die sämtlichen, wenn auch unter verschiedenen Firmen betriebenen Etablissements desselben (RG. in Strafsachen 5, S. 407; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 442); an einen Zwangsausgleich sind daher auch diejenigen Gläubiger gebunden, welche nur bei einer seiner Firmen, auch bei einer solchen, welche während des Konkurses unbekannt geblieben ist, beteiligt sind (StrArch. 39, S. 101), und wenn die akzeptierte Anweisung den Akzeptanten dem Assignatar verpflichtet, wenn auch Assignant und Assignatar ein Inhaber zweier Firmen war, so liegt der entscheidende Grund hiefür nicht in irgend welcher Duplizität der Rechtspersönlichkeit oder, wie das ROHG. 20, S. 34 ausführt, der Vermögensmassen, sondern lediglich darin, daß die Akzeptation eine selbständige Verpflichtung zwischen Assignaten und Assignatar schafft (Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. 2, § 54, Anm. 3). Eine Zession des Kaufmannes an sich selbst als Träger einer anderen Firma ist ungültig (OLG. Hamburg in GZ. 34, S. 561). Eine Bürgschaft zu Gunsten einer Firma ist nur eine Bürgschaft zu Gunsten des zeitigen Firmeninhabers (OLG. Rostock in Busch, Archiv 45, S. 356; auch OLG. Hamburg in Seufferts Archiv 47, S. 310; vergl. andrerseits Bolze 5, Nr. 714; 10, Nr. 518 und 521).

2. Die Firma ist der Handelsname des Kaufmannes, der Name, unter § 4.

Digitized by Google

welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt. Daher kann er Grundeigentum nur unter seinem bürgerlichen Namen erwerben (Canstein I, S. 210; Olshausen, Name und Firma, S. 78; Randa I, S. 126; derselbe, Eigenthum, S. 484, Note 34; dagegen Bartsch, Grundbuchsrecht S. 171). Daß der Einzelkaufmann Hypotheken nur unter seinem bürgerlichen Namen erwerben, und daß er im Prozesse nur unter diesem auftreten kann, beruht auf anderem Grunde; denn Handelsgeschäfte liegen hier vor (vergl. hierüber unten §§ 6 und 6a).

§ 5. 3. Die Firma ist endlich der Handelsname **des Kaufmannes** (Name der Person, nicht des Geschäftes, RG. 9, S. 104; anders Kaserer, Personennamen S. 69: „Sie [die Firma] ist der selbständige Name des kaufmännischen Geschäftes im Gegensatze zu dem des Inhabers"). Vorgängige Eintragung ist für die Berechtigung der Firmenführung nicht erforderlich (RG. 14, S. 19), soweit die Vorschriften des HGB. in Betracht kommen, anders nach der GewO. (vergl. in § 49, Z. 1 GewO. die Worte „ohne durch die bereits erfolgte Eintragung seiner Firma in das Handelsregister berechtigt zu sein"), und umgekehrt geht durch Löschung der Firma das Firmenrecht nicht unter (ROHG. 10, S. 292). Auch die Unterschrift mit einer nichtregistrierten Firma erzeugt eine Verpflichtung. Hinsichtlich der Wechselunterschriften vergl. Grünhut, Wechselrecht I, S. 319 und Czelechowsky Nr. 183. Auch in Cz. 399 und 512 wurde die materiellrechtliche Gültigkeit einer solchen Unterschrift nicht verneint, sondern bloß ausgesprochen, daß gegen eine nichtregistrierte Gesellschaftsfirma keine Klage geführt werden könne (vergl. hiezu §§ 3 und 4 zu Art. 111).

Wer kein Handelsgeschäft betreibt, darf seine Firma nicht eintragen lassen etwa zu dem Zwecke, damit ein anderer unter derselben für sich ein Geschäft betreibe RG. 3, S. 120; 25 S. 1). Das Firmenrecht erlischt erst mit der endgültigen Aufgabe des Geschäftsbetriebes (vergl. § 3 zu Art. 22, § 1 zu Art. 25). Eine **Geschäftsverlegung nach einem anderen Orte** bewirkt nicht das Untergehen des Firmenrechtes (Opet a. a. O. Note 267, Punkt 10 der JMV. vom 10. Dez. 1901; vergl. jedoch Art. 20 und § 2a dazu). Die Erwerbsgesellschaften, die sich nicht mit Handelsgesellschaften befassen, z. B. die Vereinigung zweier Baumeister zu einem gemeinschaftlichen Baugeschäfte, sind nicht firmenberechtigt (Bolze 4, Nr. 464; 9 Nr 711a).

§ 6. **Zusatz 1. Ausnahmen von dem Grundsatze des Art. 15 aus Gründen öffentlichen Rechtes.** Der Grundsatz des Art. 15, daß der Kaufmann unter seiner Firma im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, ist nur als zivilrechtliche Rechtsregel aufzufassen, **die überall dort unanwendbar ist, wo es sich um Akte handelt, die eine öffentlich-rechtliche Natur haben und aus öffentlich-rechtlichen Gründen die Offenlegung des bürgerlichen Namens zum Zwecke der sicheren Feststellung der Identität erheischen.** Dahin gehört z. B. die Vorschrift des Art. 86: Die dort vorgeschriebene Anmeldung des Namens bezieht sich zweifelsohne auf den bürgerlichen Namen, selbst dann, wenn ein Kaufmann es ist, der die Anmeldung bewirkt. Ein anderer Fall ist die Vorschrift des § 9, Abs. 1 des GmbHG. Sämtliche Geschäftsführer haben die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages zu unterzeichnen, sicherlich unter ihrem bürgerlichen Namen, auch wenn Kaufleute im Betriebe ihres Handelsgewerbes die Anmeldung bewirken. Vergl. auch Johow 9 S. 1 (Hypothekenerwerb nur unter dem bürgerlichen Namen

Digitized by Google

aus öffentlich-rechtlichen Gründen der Sicherheit des Grundbuchsverkehres; ebenso Randa I, S. 127; a. A. Exner, Hypothekenrecht S. 182). Ein Wahlzettel kann nicht mit der Firma ausgefüllt werden (Blaschke-Pitreich S. 29). Über die Frage, ob ein Einzelkaufmann unter seiner Firma klagen oder beklagt werden kann, siehe den Exkurs zu Art. 15.

Zusatz 2. Von der Firma wird der Etablissementsname unterschieden. § 7. (Zum blauen Engel, Zum goldenen Hirsch, Zum Schwan, Goldene Hundertzehn, Zum König Salomo usw.) Er kommt sowohl dort vor, wo der betreffende Handeltreibende nicht firmenberechtigt ist (z. B. bei Gast- und Hotelwirten), als auch neben der Firma (z. B. bei Apothekern oder auch bei sonstigen Geschäften). In Wien und Paris und vielfach anderwärts haben fast alle offenen Geschäfte Etablissementsnamen, auch in München tauchen sie auf (Allfeld S. 114). Daß auf diese Etablissementsnamen das Recht der Firma nicht angewendet werden kann, ist selbstverständlich. Wer einen solchen gewählt hat, hat sich damit nicht ein ausschließliches Recht geschaffen. Er kann nicht gegen den vorgehen, der die gleiche Bezeichnung wählt (RG. 1, S. 26). Bei Übertragung eines solchen Geschäftes kann allerdings der Etablissementsname mit übertragen werden, ja auch der Etablissementsname ohne das Geschäft (Allfeld S. 115). Aber solche Übertragungen übertragen, sofern nicht eine der im folgenden Absatze erwähnten, den Etablissementsnamen einen besonderen Schutz gewährenden Bestimmungen zur Anwendung gelangt, kein absolutes Recht auf den Erwerber, sondern legen nur dem Veräußerer die Verpflichtung auf, sich der Etablissementsbezeichnung zu enthalten (vergl. Bolze 2, Nr. 989; 3 Nr. 232; Geller, Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz, ZBl. Bd. 7 und 8 passim; Franckel S. 43).

Der Etablissementsname entbehrt nach dem HGB. eines besonderen Schutzes, der ihm aber durch andere Gesetze zu Teil wird. Nach § 46 GewO. ist kein Gewerbetreibender berechtigt, zur äußeren Bezeichnung seiner Betriebsstätte oder Wohnung, sowie in Zirkularen, öffentlichen Ankündigungen oder Preiskurants sich die besondere Bezeichnung des Etablissements eines anderen inländischen Gewerbetreibenden oder Produzenten widerrechtlich anzueignen. Das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift begründet eine Übertretung nach der GewO., den vor der Gewerbebehörde geltend zu machenden Anspruch auf Unterlassung der rechtswidrigen Bezeichnung und den vor dem ordentlichen Gerichte geltend zu machenden Schadenersatzanspruch. Der Richter entscheidet nicht bloß über die Höhe, sondern auch über das Vorhandensein des Schadens nach freiem Ermessen (§ 50 GewO. geht hier weiter als § 273 ZPO.). § 46 GewO. gewährt nur der Etablissementsbezeichnung eines Gewerbetreibenden im Sinne der GewO. Schutz. Einen erhöhten (bereits in § 46 GewO. ausgesprochenen) Schutz genießt der Etablissementsname nach dem Markenschutzgesetze vom 1. Jänn. 1890. Nach § 24 dieses Gesetzes begeht ein Vergehen derjenige, der Waren, die mit der geschäftlichen Bezeichnung des Etablissements eines anderen Produzenten oder Kaufmannes unbefugt bezeichnet sind, wissentlich in Verkehr setzt oder feilhält oder zu diesem Zwecke die erwähnte Bezeichnung wissentlich anfertigt. Der Verletzte hat die Wahl, entweder vor dem Strafgerichte die Zuerkennung einer Buße zu verlangen oder seinen Anspruch auf Entschädigung im ordentlichen Zivilrechtswege geltend zu machen (Pollitzer S. 77; dortselbst auch ausführliche Literaturangaben).[1])

[1]) Ein umfassender gesetzlicher Schutz ist dem Etablissementsnamen in dem Entwurfe zu einem Gesetze, betreffend den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (2596 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses, 17. Session) zugedacht.

Digitized by Google

§ 8. Zusatz 3. Von der Firma ist weiter zu unterscheiden die **Telegrammadresse.** Dieselbe geht mit dem veräußerten Geschäfte mit über (OLG. Dresden im Sächsischen Archiv 5, S. 366, Deutsche Juristenzeitung 1900, Nr. 4).

Exkurs zu Art. 15.

Die Firma im Prozesse.[2])

Einleitung. Auf Grund der Ausführungen bei § 6 zu Art. 15 und unter Hinweis auf die Bestimmungen des § 75, Abs. 1 ZPO. in Verbindung mit § 226, sowie des § 417, Z. 2 ZPO., wonach in der Klage und im Urteil die Parteien unter Angabe des Vor- und Zunamens angeführt werden müssen, wurde in der vorigen Auflage eine ausführliche Begründung der Ansicht versucht, daß auf Grund des Art. 15 ein Einzelkaufmann unter seiner Firma weder klagen noch geklagt werden kann, daß gegen die Ansicht nicht die Bestimmungen angeführt werden können, nach denen die verschiedenen handelsrechtlichen Vereinigungen unter ihrer Firma klagen und geklagt werden können (Art. 111, 213, § 12 GenG., § 61 des GmbHG.); diese Vereinigungen haben überhaupt keinen bürgerlichen Namen; sie können ihre Parteifähigkeit nicht anders betätigen, als daß sie unter ihrer Firma im Prozesse auftreten. Diese Ansicht findet in der österreichischen Literatur nur wenige Anhänger (vergl. Skedl S. 124, N. 2; Grünberg JBl. 1901, Nr. 51, 52); auch Randa I, S. 126 hat sich der entgegengesetzten von der Mehrzahl der österreichischen Schriftsteller geteilten Ansicht angeschlossen, die auch die Praxis ausnahmslos beherrscht. Wir halten daran fest, daß sich aus Art. 15 die herrschende Ansicht nicht begründen läßt, anerkennen aber, daß durch ein Handelsgewohnheitsrecht[3]) ein Rechtssatz geschaffen ist, wie er in Art. 17, Abs. 2 d. HGB. enthalten ist, nämlich den Rechtssatz **„Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und geklagt werden".**

§ 1. **Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes.** Der Rechtssatz gilt nur für jene Rechtsstreitigkeiten, die mit dem Handelsbetriebe im Zusammenhange stehen; sie müssen nicht gerade aus Handelsgesellschaften entspringen, auch nicht Handelssachen betreffen. Der Rechtssatz findet daher auch Anwendung auf Klagen wegen einer im Handelsbetriebe, z. B. durch einen Angestellten verübten Beschädigung, nicht aber auf Klagen aus familienrechtlichen Verhältnissen oder wegen Bestandes einer Grunddienstbarkeit (Randa I, S. 126, so auch die Mehrzahl der deutschen Schriftsteller; vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 24 zu § 17). Minderkaufleute haben keine Firma, sie können nur unter ihrem bürgerlichen Namen klagen und

[2]) Literatur: Otto Göppert, Bemerkungen zu § 17 Abs. 2 des neuen HGB. GZ. 47 S. 267 ff., vergl. auch B. Mayer S. 455.

[3]) Es liegen alle Voraussetzungen eines verbindlichen Handelsgewohnheitsrechtes vor (vergl. § 5 zu Art. 1). Durch dieses Gewohnheitsrecht ist keiner Bestimmung des HGB., wohl aber den obenangeführten Bestimmungen der ZPO. derogiert; die Prozeßgesetze haben aber in Handelssachen gegenüber dem Handelsgewohnheitsrecht nur subsidiäre Geltung (vergl. § 11, Abs. 1 zu Art. 1). Die Richtigkeit der zweifellos vorhandenen Überzeugung der Notwendigkeit des im Texte erwähnten Rechtssatzes können wir nicht zugeben. Die durch Zulassung von Klagen von Einzelkaufleuten und gegen solche unter der Firma gewährte Erleichterung in der Rechtsverfolgung wiegt die Nachteile nicht auf, die für die Rechtssicherheit dadurch entstehen, daß Prozeßparteien mit einem Namen bezeichnet werden dürfen, den der Träger nach Belieben aufgeben (Einstellung des Geschäftsbetriebes) und unter keineswegs sehr streng normierten gesetzlichen Voraussetzungen einem andern zur Führung überlassen kann. Diese Bedenken können selbstredend die verbindliche Kraft eines Gewohnheitsrechtes so wenig beeinflußen wie die eines Gesetzes (vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 169).

Digitized by Google

geklagt werden. Es ist nicht etwa zulässig, daß ein Kaufmann unter seinem Etablissementsnamen klagt oder geklagt wird. Ebensowenig kann ein Zeitungseigentümer unter dem Titel seiner Zeitung — falls dieser nicht eine zulässige Sachfirma darstellt — klagen oder geklagt werden. Unter der erwähnten Voraussetzung, daß ein Zusammenhang mit dem Handelsbetriebe bestehen muß, gilt der angeführte Rechtssatz für jedes zivilgerichtliche Verfahren (für das Mahnverfahren, das Exekutionsverfahren). Auch die Erhebung einer Privatanklage (z. B. wegen Eingriffes in ein Patent) oder die Geltendmachung von Ansprüchen im Adhäsionsverfahren kann unter der Firma erfolgen. Auch im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden kann der Kaufmann unter seiner Firma auftreten.

§ 2. **Die Bedeutung des Rechtssatzes** besteht nicht darin, daß die Firma zum Rechtssubjekte erhoben wird, sondern lediglich darin, daß bei Streitigkeiten, die mit dem Handelsbetriebe im Zusammenhange stehen, die Bezeichnung des klagenden oder geklagten Kaufmannes mit dem Namen gestattet wird, „unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt". Man kann nicht etwa die Klage gleichzeitig gegen die Firma und deren Inhaber richten (dies gegen AdlCl. 1608). Kommt es zu einer Vernehmung der Parteien, liegen Bedenken gegen die Prozeßfähigkeit der Parteien vor, so hat der Richter das Recht und die Pflicht, die Bezeichnung der Person des Firmeninhabers zu verlangen.

§ 3. **Prozeßpartei** ist nicht der jeweilige Inhaber der Firma, sondern derjenige, der zur Zeit der Klagserhebung Inhaber der Firma war, mit der der Kläger oder der Beklagte in der Klage bezeichnet erscheint. Dies ist insofern bestritten, als manche (vergl. z. B. Staub, 8. Aufl., Anm. 32 zu § 17) den Zeitpunkt der Streitanhängigkeit für den maßgebenden erachten. Dem ist nicht beizustimmen. Derjenige, der zur Zeit der Streitanhängigkeit, aber nicht zur Zeit der Klagsanstellung Inhaber der die Person des Klägers bezeichnenden Firma ist, hat niemals geklagt, derjenige, der zur Zeit der Streitanhängigkeit, nicht aber zur Zeit der Klagsanstellung Inhaber der den Beklagten bezeichnenden Firma ist, ist niemals geklagt worden. Derjenige, dem die Klage unter der Firma, die er zwar am Zustellungstage führte, aber noch nicht am Tage der Klagserhebung geführt hat, zugestellt wird, kann nicht gegen den Kläger, der den erhobenen Anspruch gegen den als Beklagten Erschienenen vorläufig noch nicht behaupten oder begründen kann, oder dazu nicht willens ist, ein abweisliches Urteil begehren; wohl aber müssen ihm die Kosten seines Erscheinens vor Gericht — denn er konnte ja nicht wissen, ob Kläger den Klagsanspruch nicht gegen ihn behauptet — zugesprochen werden, nicht als Prozeßpartei, denn er ist keine solche, sondern unter analoger Anwendung der Bestimmungen, unter denen auch einer Nichtpartei Kosten für Prozeßhandlungen zugesprochen werden, die durch eine der Prozeßparteien veranlaßt wurden. Kläger kann die Klage gegen den von ihm Geklagten, der nicht erschienen ist und dem auch die Klage nicht zugestellt wurde, zurückziehen oder Erneuerung der Zustellung unter dem bürgerlichen Namen oder der neuen Firma begehren.

§ 4. **Veränderungen, die während des anhängigen Prozesses oder nach Rechtskraft der Entscheidung** bezüglich der Inhaber jener Firmen eintreten, durch die die Prozeßparteien bezeichnet werden, haben an sich gar keine prozessualen Wirkungen (vergl. B. Mayer S. 455); sie sind rechtlich bloß als Änderungen im Namen der Prozeßparteien, wie sie ja auch sonst bei Verehelichungen und bewilligten Namensänderungen vorkommen können, aufzufassen. Das Urteil ist für und gegen den rechtskräftig und vollstreckbar, der unter der Firma geklagt

Digitized by Google

hat oder geklagt wurde, ohne Rücksicht darauf, ob diese Personen ihre Firma aufgegeben oder (samt Geschäft) übertragen haben, nicht aber gegen denjenigen, der die Firma einer der Prozeßparteien während des Prozesses oder nach der Rechtskraft der Entscheidung erworben hat (LG. Wien vom 16. Dez. 1903, JBl. 1904, 17, dagegen AdlCl. 1501). Eine Änderung in der Person des Firmeninhabers tritt auch ein, wenn eine der Prozeßparteien einen Gesellschafter in das unter derselben fortbetriebene Geschäft aufnimmt (Art. 24). Das Urteil wird für und gegen die entstandene Gesellschaft nicht rechtskräftig und vollstreckbar.[4]) § 11, Abs. 2 a. E. EO. ist nicht anwendbar, denn das Urteil ist nicht „in Angelegenheiten der Gesellschaft" erflossen. Der Richter hat die Exekution zu bewilligen, wenn der Verpflichtete mit jener Firma bezeichnet wird, gegen die der Exekutionstitel erflossen ist, ohne vom betreibenden Gläubiger einen weiteren Identitätsnachweis zu verlangen. Das Vollstreckungsorgan hat die Pfändung gegen die in der Exekutionsbewilligung durch Angabe der Firma bezeichneten Verpflichteten zu vollziehen. Es darf mit dem Exekutionsvollzuge nicht inne halten, wenn ihm dargetan wird, daß der Inhaber der in der Exekutionsbewilligung genannten Firma diese erst während des Prozesses oder nach Entstehung des Exekutionstitels erworben hat, wohl aber dann, wenn ihm dargetan wird, daß der Inhaber der in der Exekutionsbewilligung genannten Firma dies erst nach Erlassung der Exekutionsbewilligung geworden ist, denn in diesem Falle lautet die Exekutionsbewilligung nicht gegen ihn. Dem Verpflichteten steht im ersten Falle der Rekurs gegen die Exekutionsbewilligung[5]), im zweiten Falle gegen den unzulässigen Exekutionsvollzug die Beschwerde nach § 68 EO. zu. Wird auf Grund des gegen eine Firma erwirkten Exekutionstitels gegen einen mit dem bürgerlichen Namen bezeichneten Verpflichteten die Exekution begehrt, z. B. bei Exekution auf bücherliche Rechte, die dem Berechtigten unter seinem bürgerlichen Namen zugeschrieben sind (vergl. § 6 zu Art. 15), so muß (gemäß dem analog anzuwendenden § 9 EO.) in dem Exekutionsantrage durch öffentliche Urkunden (Registerauszug) die Identität des Verpflichteten mit demjenigen, gegen den der Exekutionstitel lautet, nachgewiesen sein (LG. Wien vom 16. Dez. 1903, JBl. 1904, 17; Randa I, S. 127).

§ 5. **Die Wirkungen des Überganges der klagsweise geltend gemachten Forderung oder Schuld während des Prozesses oder nach Entstehung des Exekutionstitels auf eine andere Person.** Ein solcher Übergang ist nicht die notwendige Folge der für die Übertragung der Firma notwendigen Geschäftsveräußerung und muß auch, wenn er die Folge einer Geschäftsveräußerung ist, nicht mit dem Übergang der Firma verbunden sein (vergl. Erläuterungen zu Art. 22). Festzuhalten ist, daß in allen Fällen das Urteil nur für und gegen die ursprünglichen Prozeßparteien wirkt; der Erwerber der Firma des Klägers oder Beklagten ist auch als Zessionär oder Schuldübernehmer ohne Zustimmung des Gegners nicht berechtigt, in den Prozeß einzutreten (§ 234 ZPO.), er kann dem Prozesse bloß als Nebenintervenient beitreten.

Im Einzelnen ist zu unterschieden:

a) Der Kläger hat sein Geschäft samt Firma und der klagsweise geltend ge-

[4]) Über den umgekehrten Fall, daß eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma geklagt hat oder geklagt wurde und während des anhängigen Verfahrens oder nach dessen Beendigung alle Gesellschafter bis auf einen austreten, der unter unveränderter Firma des Geschäftes als Einzelkaufmann weiterführt, siehe Erläuterung zu Art. 111.

[5]) Das Novenverbot findet hier keine Anwendung, da Rekurrent vor Erlassung des angefochtenen Beschlusses nicht gehört wurde (R. Pollak, Zivilprozeß S. 459, 536). Wer anderer Ansicht ist, muß eine Klage nach Analogie des § 36, Z. 1 EO. zulassen.

Digitized by Google

machten Forderung im Laufe des Prozesses veräußert. Er verliert hiedurch seine Aktivlegitimation nicht, da § 234 ZPO. eine Ausnahme von dem in § 406 ZPO. und § 35 EO. ausgesprochenen Satze, daß das Urteil nach dem Stande zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung zu erfließen hat, statuiert (R. Pollak Zivilprozeß, S. 186). Auf Grund des der Klage stattgebenden Urteiles kann derjenige, der Inhaber der den Kläger bezeichnenden Firma zur Zeit der Klagsanstellung war, Exekution begehren, der Erwerber dieser Firma nur dann, wenn er durch eine Urkunde im Sinne des § 9 EO. den Übergang der urteilsmäßig zuerkannten Forderung nachweist. Dagegen wird durch eine nach Beendigung des Prozesses erfolgte Veräußerung der urteilsmäßig zuerkannten Forderung die Legitimation des Klägers, die Exekution zur Hereinbringung dieser Forderung zu begehren, aufgehoben. Begehrt der Kläger, unbekümmert um eine solche Zession, die Exekution, so steht dem Beklagten die Klage nach § 35 EO. offen.

b) Der Beklagte hat während des Prozesses oder nach dessen Beendigung Geschäft samt Firma unter Umständen veräußert, die eine Haftung des Erwerbers für die eingeklagte Forderung begründen (§§ 13 ff. zu Art. 22). Wenn hiedurch — wie es ja in der Regel der Fall ist — die Haftung bloß die Wirkung einer kumulativen Schuldübernahme erzeugt, so daß neben der Haftung des Geschäfts- und Firmenerwerbers die des Veräußerers bestehen bleibt, so bleibt der Beklagte zur Sache legitimiert und kann gegen ihn auf Grund des Urteiles die Exekution geführt werden, gegen den Erwerber des Geschäftes und der Firma nur dann, wenn durch öffentliche Urkunden im Sinne des § 9 die Tatsachen dargetan werden, die nach der Rechtsansicht des über den Exekutionsantrag entscheidenden Richters die Haftung für die Klagsforderung oder überhaupt von allen Geschäftspassiven des früheren Firmeninhabers bewirken. Liegen ausnahmsweise solche Umstände vor, die nicht nur eine Haftung des Firmenerwerbers für die Geschäftspassiven, sondern auch eine Befreiung des ursprünglichen Schuldners bewirken, so berechtigen diese Umstände, wenn sie während des Prozesses eintreten, den Beklagten zum Antrage auf Abweisung des Klagebegehrens[6]) (§ 406 ZPO.), wenn sie nach dem Urteile eintreten, zur Klage nach § 35 EO.

§ 6. **Die Exekution** auf Grund eines Exekutionstitels, der den Verpflichteten mit dessen Firma bezeichnet, ist ohne Rücksicht darauf, ob der Verpflichtete, gegen den der Exekutionstitel lautet, zur Zeit der Exekutionsbewilligung noch Inhaber dieser Firma ist oder nicht, auf das gesamte Vermögen zulässig, nicht etwa bloß auf sein Geschäftsvermögen.

§ 7. **Die Prozeßvollmacht** kann in Konsequenz des Gesagten mit der Firma unterzeichnet sein.

Artikel 16.

Ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, darf nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen.

Er darf der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschafts-

[6]) § 234 ZPO. ist hier nicht anwendbar, denn die privative Schuldübernahme ist keine Veräußerung.

Digitized by Google

verhältnis andeutet. Dagegen sind andere Zusätze gestattet, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen.

Einleitung. Der Artikel trifft Bestimmungen über **die Form der Firma des Einzelkaufmannes**, als welcher auch derjenige bezeichnet wird, der nur mit einem stillen Gesellschafter sein Geschäft betreibt (hierüber vergl. Näheres Art. 251 und 257). Vermöge Art. 5 gilt Abs. 2, Satz 2 auch für die Handelsgesellschaften (RG. 3, S. 166; Johow und Küntzel 3, S. 10; 5 S. 18).

Der Artikel unterscheidet **den Hauptbestandteil** der Firma und **die Zusätze**. Von ersterem handelt Abs. 1, von letzterem Abs. 2.

Über die Sprache der Firmen ist im Gesetze nichts gesagt. Vor allem ist daran festzuhalten, daß die Firma nur in der, beziehungsweise den Sprachen gebraucht werden darf, in denen sie registriert ist (Canstein I, S. 212, VGH. bei Budwinski 5581). Auch wenn die Verlautbarung der Firma in mehreren Sprachen stattgefunden hat, darf die Firma doch nur in der Sprache gebraucht werden, in der sie registriert wurde (JMV. vom 18. Jänn. 1883, Z. 20.176). Was aber die Frage betrifft, in welcher Sprache die Firma zu registrieren ist, so läßt sich aus der Bestimmung des § 4, Abs. 3 KaisP., der auch für das außerstreitige Verfahren eine bestimmte Gerichtssprache anerkennt, nicht folgern, daß für die Sprache des Firmenwortlautes die Gerichtssprache am Orte des Registergerichtes vorgeschrieben ist. Denn durch Anerkennung einer bestimmten Gerichtssprache ist lediglich ausgesprochen, daß Schriftstücke, die von den Parteien und dem Gerichte ausgehen, in dieser Sprache verfaßt sein müssen (vergl. Staub, 8. Auflage, Anm. 22 zu § 17). Gegen diese Vorschrift ist aber nicht verstoßen, wenn im Texte von Eingaben oder Beschlüssen fremdsprachige Eigennamen vorkommen, und als ein solcher ist ja die Firma, auch wenn sie aus mehreren Worten besteht, gemäß Art. 15 anzusehen (zust. Opet a. a. O., dagegen Gareis-Fuchsberger S. 53, Note 66). Auch bei der Kodifikation des d. HGB. wurde es ausdrücklich abgelehnt, zu bestimmen, daß die Bezeichnung der Firma in der Gerichtssprache (der deutschen Sprache) zu erfolgen habe. Mit Staub 8. Aufl., Anm. 22 zu § 17 wird man aber annehmen müssen, daß nicht jede beliebige Sprache und jedes beliebige Schriftzeichen zulässig ist, da die Firma und ihre Zusätze doch zur Kenntnis des Publikums bestimmt sind. Man wird verlangen müssen, daß die Sprache und die gewählte Schrift durch leicht erreichbare Dolmetsche in die Landessprache übersetzt werden können.

Die V. vom 19. Apr. 1880 (LGBl. für Böhmen Nr. 14 und LGBl. für Mähren Nr. 17) spricht auch nur von der Sprache, in welcher die Eintragungen ins Handelsregister vorzunehmen sind, nicht aber von der Sprache des einen Teil des Textes der Eintragungen bildenden Firmenwortlautes. Im Wiener Handelsregister finden sich eine Menge Firmen in fremden Sprachen, Landes- und Nichtlandessprachen, eingetragen. Was von der Sprache gesagt wurde, gilt auch hinsichtlich der Schriftzeichen (Opet S. 62).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Der Hauptbestandteil.** Derselbe ist wesentlich und notwendig und besteht in dem Familiennamen oder bürgerlichen Namen des Kaufmannes, mit oder ohne Vornamen oder auch, wie sich hieraus ergibt, mit abgekürzter Vornamensbezeichnung, oder endlich mit einem von mehreren Vornamen.[7]) Damit ist das Prinzip der Firmenwahrheit aufgestellt, doch

[7]) Hievon besteht nur die Ausnahme, daß ein Gemeinschuldner, dessen Konkurs nicht durch Zwangsausgleich beendigt ist, nur unter seiner vollen Namens- und Vornamensbezeichnung Handelsgeschäfte betreiben kann (§ 246 a KO.), solange er nicht die Wiederbefähigung erlangt hat.

Digitized by Google

ist dasselbe trotz des kategorischen „darf" und „muß" in diesem und den folgenden Artikeln durch die Art. 22 und 24 derart durchbrochen, daß sich aus der Firma niemals mit Sicherheit auf die Person des Firmeninhabers schließen läßt, zumal auch nicht erforderlich ist, das Geschlecht des Firmeninhabers anzudeuten.

Was als Familienname zu betrachten ist, richtet sich nach den Landesgesetzen. Hienach beantwortet sich die Frage, wann eine getrennte Ehefrau den Namen ihres früheren Ehemannes führen darf (vergl. Krainz-Ehrenzweig § 434; Randa I, S. 120); wie sich Witwen zu nennen haben; wie Adoptierte (§ 182 ABGB.); ob es einem verheirateten Manne gestattet ist, seinem Namen den seiner Ehefrau beizufügen. Das ABGB. kennt solche Doppelnamen nicht. Opet a. a. O. S. 74 hält in zutreffender Weise die Beisetzung des Mädchennamens der Ehegattin seitens des Ehemannes für einen zur Unterscheidung der Person des Firmeninhabers dienenden, daher zulässigen Zusatz, der nach Auflösung der Ehe der Wahrheit nicht mehr entspricht und dadurch unzulässig wird. Dagegen erscheint es ohneweiters zulässig, daß die Ehefrau dem Namen ihres Ehemannes ihren Geburtsnamen hinzufügt (OGH. in ZBl. 1902, Nr. 136). Adelsprädikate gehören zum bürgerlichen Namen.

Die Vornamen dürfen nicht willkürlich gewählt, auch weder in eine fremde Sprache übersetzt noch umgekehrt germanisiert oder modernisiert werden (wie Jacques statt Jakob, Moritz statt Moses). Nur der wirkliche Vornahme ist der Aufnahme in die Firma fähig (LG. I Berlin in GZ. 42, S. 501, anders AdlCl. 1188, 1686 und 1641). Unter Berufung auf Art. 20, Abs. 2 und Art. 22 wird in den Gründen bei AdlCl. 1686 und 1641 die Ansicht ausgesprochen, daß das Gesetz auch bei der ersten Eintragung der Firma den Vornamen kein Gewicht beilegt (über die Unrichtigkeit dieser Ansicht vergl. Randa I, S. 120, N. 5). Der Gebrauch des Vornamens „Louis" als Firmenbestandteil statt „Alois" wurde in der E. des OGH. vom 7. Juli 1904, ZBl. 1905, 55, im Hinblick auf die Auffassung des Verkehres, die die beiden genannten Namen als keine verschiedenen ansieht, für zulässig erklärt. Ein Blick in das Wiener Handelsregister zeigt, wie allgemein in der Praxis Übersetzungen, Germanisierung und Diminutiva von Vornamen zugelassen werden. Die verheiratete Handelsfrau darf den Vornamen ihres Ehegatten in die Firma nicht aufnehmen, auch wenn ihr die Sitte gestattet, sich im gesellschaftlichen Verkehre des Vornamens ihres Mannes zu bedienen (Opet a. a. O.).

Änderungen des Beinamens, also z. B. bei Wiederverheiratung einer Witwe oder einer getrennten Ehefrau, oder bei einer zulässigen freiwilligen Namensänderung[8]), bedingen eine Änderung der Firma. Denn der Kaufmann muß seinen Familiennamen, also seinen jeweiligen Familiennamen als Firma führen. Eine Vorschrift, welche für diesen Fall die Beibehaltung der bisherigen Firma zuließe, gibt es nicht (Behrend § 40, Anm. 21; Allfeld S. 120). Puchelt (Anm. 3), der das Gegenteil annimmt, beruft sich zu Unrecht auf Art. 24; Schultze-Görlitz (S. 99), der ihm beipflichtet, führt das unzutreffende Argument an, daß ein gewisser Grad von Analogie mit der Firmenübertragung obwalte (vergl. aber jetzt § 21 d. HGB.). Jedenfalls hat der Kaufmann im Falle einer

[8]) Vergl. Herbatschek, Das Recht der Namensänderung in Österreich, GH. 1904, Nr. 26, 27.

Digitized by Google

behördlich bewilligten Änderung seines Familiennamens ein Recht auf entsprechende Änderung seiner Firma (OLG. Prag vom 1. März 1904 im ZBl. 1904, S. 446, unter „Miszellen"). Vergl. hiezu B. Mayer S. 481.

Auf die Führung seines Familiennamens als Firma aber hat der Kaufmann ein unbedingtes Recht. Es verschlägt nichts, daß durch die Form desselben, z. B. wenn es ein Doppelname ist, der Anschein erweckt werden kann, daß es sich um eine Gesellschaftsfirma handle (Opet S. 77). Nur ein diese Andeutung enthaltender Zusatz zum Namen ist dem Einzelkaufmanne in Abs. 2 verwehrt (Johow und Küntzel 5, S. 20, Fürstlich-Ysenburg-Birsteinsche Fabriksverwaltung; Hahn § 7, Note 4; Allfeld S. 121; Canstein S. 217).

Keine Vorschrift enthält das Gesetz über die Firma juristischer Personen, so z. B. wenn ein mit Korporationsrechten versehener Verein Handelsgeschäfte betreibt. Eine solche juristische Person ist Kaufmann, und zwar Einzelkaufmann, nicht Handelsgesellschaft, und muß daher eingetragen werden (Johow 12, S. 17; AdlCl. 1413), und zwar muß der der Korporation rechtmäßig zukommende Name in der Firma erscheinen (z. B. Bierbrauerei des Zisterzienser-Ordensstiftes B. in H.; Gemeinde Wien, Städtisches Ziegelwerk [Canstein I, S. 217, Note 52; Randa I, S. 132]). Eine Vereinigung ohne juristische Persönlichkeit kann ihre Firma nicht eintragen lassen.

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Die Zusätze.** Sie sind zu unterscheiden von Reklamenotizen oder sonstigen Beisätzen zum Zwecke der Benachrichtigung des Publikums, z. B. Generalvertreter der Firmen X. X. und Y. Y.; vergl. Johow und Küntzel 5, S. 18. Keine bloße Benachrichtigung aber ist der Zusatz: Meyers Nachfolger (LG. Frankfurt in GZ. 37, S. 527). Die Zusätze sind einerseits nicht notwendig, andrerseits nicht etwa bloß dann zulässig, wenn sie im gegebenen Falle, z. B. zur Vermeidung von Verwechslungen, nötig sind (RG. vom 28. Mai 1875 in JW. S. 359, dagegen AdlCl. 1867), vielmehr unterliegen sie der freien Wahl des Kaufmannes. Einmal als Bestandteile der Firma gewählt, bilden sie aber mit dem Hauptbestandteile ein untrennbares Ganze; es besteht für sie kein besonderer Schutz (OGH. vom 22. Febr. 1904, Právnik 1904, S. 12: den die Bezeichnung der erzeugten Waren andeutenden Zusatz einer Firma kann jeder Kaufmann in Verbindung mit seiner Firma verwenden; ROHG. 4, S. 260: die Handlung in Firma „J. Hupmann, Firma La Ferme" hat kein Untersagungsrecht gegen jemand, der den Zusatz Laferme annimmt; Bolze 17, Nr. 123: die Aktiengesellschaft Lauchhammer hat kein Untersagungsrecht gegen die Firma Lauchhammer Kohlenwerke A. & B.). Vergl. auch Bolze 10, Nr. 184 b. Dagegen wurde in AdlCl. 1127 der Zusatz „Merkur" bei der einzutragenden Firma „Merkur A. & Cie." mit Rücksicht auf die bereits eingetragene Firma „Wechslergeschäft der Administration des Merkur" für unzulässig erklärt.

Verboten sind dem Einzelkaufmanne Zusätze, welche ein Gesellschaftsverhältnis andeuten (nicht schon solche, die ein Gesellschaftsverhältnis andeuten können, z. B. Behrsche Buchhandlung — Hahn § 17 —; das Wort Union ist nicht notwendig ein Gesellschaftsverhältniszusatz, Bolze 10, Nr. 184 b); unzulässig ist die Firma „Alois A. Sohn, Wilhelm A." für einen Einzelkaufmann (AdlCl. 2211); gestattet sind ihm solche, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, sie

Digitized by Google

mögen dem Namen vor- oder nachgestellt sein (für letzteres Johow 10, S. 15).

a) Nähere Bezeichnungen der Person. Dazu gehören Titel, wie etwa der Doktortitel, auch wenn er an einer ausländischen Universität erworben wurde (Links 6300), der Hoflieferantentitel (vergl. z. B. im Wiener Handelsregister „Beckesche k. u. k. Hof- und Verlagsbuchhandlung (Alfred Hölder)". Über die Berechtigung zur Führung eines Hoftitels entscheidet nach § 17 des KaisP. vom 20. Nov. 1852, RGBl. Nr. 251, das Obersthofmarschallamt (AdlCl. 236).[9]) Über die Berechtigung zur Führung der Bezeichnung „Universitätsbuchhandlung" entscheidet das Unterrichtsministerium (Randa I, S. 122, Note 6 b). Zulässig sind auch die Wörtchen jun., sen., Vater, Sohn usw. Zulässig sind z. B. die Firmen: Hermann Münzers Sohn, Jakob Katsch Witwe (AdlCl. 1046, 1053 und 1132). § 3.

b) Nähere Bezeichnungen des Geschäftes. Hieher gehören insbesondere die Bezeichnung der Branche und des Betriebsortes, z. B. Adolf A., Brauer in X. (A. 1725). Diese Zusätze dürfen nicht zur Täuschung dienen, indem sie eine mit den wirklichen Verhältnissen in Widerspruch stehende Sach- oder Rechtslage kennzeichnen (Bolze 9, Nr. 113; Johow und Küntzel 5, S. 18). Wird z. B. ein Verwandtschaftsverhältnis angegeben (Platzek Vater und Sohn), so muß dasselbe wahr sein (AdlCl. 1893, 2060); der Zusatz „gegründet im Jahre 1781" ist unzulässig, wenn er nicht auf Wahrheit beruht (RG. bei Links CCCXX). Doch ist dies nicht dahin auszudehnen, daß eine Bezeichnung schon deshalb unzulässig ist, weil sie über den Umfang des Geschäftes zu falschen Auffassungen Anlaß gibt (Johow 12, S. 14). So geht es entschieden zu weit, wenn in AdlCl. 1636 die Bezeichnung „Metropole" zurückgewiesen wurde, weil sie den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprach, ebenso wenn der OGH. bei AdlCl. 1994 den Zusatz „Transportanstalt", weil der Geschäftsbetrieb sich bloß auf den Lokalverkehr beschränkte und bei AdlCl. 2003 den Zusatz „Brotfabrik" zurückgewiesen hat, weil der Eintragungswerber bloß ein Bäckergeschäft betrieb. Auch sonst darf man in der Anwendung dieses Erfordernisses nicht zu rigoros sein; daß auch irrtümliche Auffassungen möglich sind, genügt nicht zu ihrer Unzulässigkeit; vielmehr muß die Erregung des Irrtums der sicher anzunehmende Erfolg sein. Die bei AdlCl. 434 verworfene Bezeichnung: „Französisch-österreichische Gesellschaft für Kunstindustrie" darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil man glauben könnte, es handle sich um eine Vereinigung französischer und österreichischer Kaufleute oder um einen in Österreich und Frankreich stattfindenden Geschäftsbetrieb[10]); es genügt, wenn französische und österreichische Kunstprodukte vertrieben werden (vergl. z. B. im Berliner Handelsregister die von zwei Berliner Kaufleuten gebildete „Deutsch-russische Handelsgesellschaft § 4.

[9]) Der Gebrauch des roten Kreuzes auf weißem Grunde oder die Worte „Rotes Kreuz" als Bestandteil von Firmen ist nur auf Grund einer besonderen Bewilligung der politischen Landesbehörde gestattet (Gesetz v. 14. April 1903, RGB. 85). Über die Berechtigung zur Führung des kaiserlichen Adlers, der Bezeichnung „k. k. privilegierte Fabrik", „Großhandlung" usw., vergl. § 58 GewO., die im I. Bande (1. Abs.) der Manzschen Gesetzausgabe mitgeteilten Vorschriften, Randa I, S. 119 und Komorzynski, JBl. 1902, Nr. 22 ff.

[10]) Mit vollem Rechte wurde dagegen in AdlCl. 1776 die Firma „Pilsener Exportbierbrauerei in Krimnitz" für unzulässig erklärt.

Digitized by Google

Bodstein u. Co."), ebenso ist dem OGH. in AdlCl. 435 nicht zuzustimmen, wenn er als Firma einer mit Bankgeschäften sich befassenden Kommanditgesellschaft nicht zuließ die Bezeichnung „Bankkommanditgesellschaft Ascher u. Co.", und zwar deshalb, „weil dieser Ausdruck auf eine Zweigniederlassung eines großartigen Bankgeschäftes hinweisen würde". Mit den Gesetzesworten sind nicht, wie vielfach angenommen wird (Behrend § 40, Anm. 41; Ring S. 42; Kammergericht bei Johow 10, S. 14; Cohn Handelsregister, S. 16; auch OGH. AdlCl. 1273 und 1355 und bei Links Nr. 2540), nur solche Bezeichnungen gemeint, welche von der Branche des Geschäftes selbst hergenommen sind. Wo dies für den Regelfall gewollt ist, ist dies mit ausdrücklichen Worten gesagt (Art. 18), die dem Gesetzgeber auch hier zu Gebote standen, wenn er dasselbe wollte. Vielmehr ist jede willkürliche Bezeichnung gemeint, mag sie auch der Reklame dienen, wenn sie nur keine Täuschung enthält. Cohns Meinung, daß jede Reklame der Täuschung dient, dürfte sich des Beifalles des Handelsstandes wohl nicht erfreuen (im Ergebnis übereinstimmend Hahn § 8, Note 6; Cosack S. 69; Allfeld S. 123). Auch der Zusatz „Einzige" wird entgegen der Entsch. des RG. 3, S. 166 nicht für absolut unzulässig zu erachten sein, sondern höchstens dann, wenn die Bezeichnung der wahren Sachlage nicht entspricht, weil Firmen nicht zu wirklichen Täuschungen dienen sollen (vergl. über diese Entsch. noch § 2 zu Art. 27). Zu einer wirklichen Täuschung geeignet erscheinen folgende vom OGH. mit Recht zurückgewiesene Zusätze: „Pilsener Bezirksbrauerei", wenn von der betreffenden Unternehmung kein Bier in Pilsen gebraut wird (7. Juli 1904, ZBl. 1905, 54); „Import aus Marseille", wenn mit dieser Stadt keine Geschäftsverbindung besteht (4. Febr. 1903, Links 8165); „Old Bond Street", wenn keine Geschäftsverbindung mit der Warenbezugsquelle aus der Old Bond Street in London besteht (24. Okt. 1905, ZBl. 1905, 405). Dagegen ist es nicht begründet den Zusatz „Urstoff" in der Firma einer Brauerei deshalb nicht zuzulassen, weil deren Brauhaus nicht das älteste am Orte des Betriebes ist (OGH. vom 19. Aug. 1903, ZBl. 1903, 413). Zusätze wie städtisch, kaiserl., königl., privilegiert sind, wenn unwahr, unzulässig (vergl. jedoch Johow 3, S. 11, wo Provinzialmolkereigesellschaft für zulässig erklärt wurde, was jedoch bedenklich ist).[11]) Nachträgliche Veränderungen im Geschäftsbetriebe berechtigen den Registerrichter nicht, die Entfernung eines Firmenzusatzes zu verlangen, der zur Zeit der Begründung der Firma der Sachlage entsprochen hat (OGH. vom 4. Apr. 1905, ZBl. 1905, 22; vergl. BGH. vom 20. Nov. 1906, Budwinski 1343 A). Besonders zu erwähnen ist der beim Firmengebrauche zugefügte Zusatz, daß die im Handelsgewerbe erzeugten oder feilgehaltenen Waren durch ein Patent geschützt sind. Entspricht dieser Zusatz nicht der Wahrheit, so

[11]) Nach § 49, Z. 2 GewO. macht sich jeder Gewerbetreibende einer Übertretung schuldig, der bei Bezeichnung seiner Betriebsstätte auf Zirkularen sich Auszeichnungen beilegt, die ihm nicht verliehen wurden. Die Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung darf keine Bezeichnung enthalten, die den nach besonderen Vorschriften errichteten unter öffentlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Anstalten zukommt als: Sparkasse, Landesanstalt u. dgl. (§ 5, Abs. 3 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Vergl. auch OGH. v. 26. April 1905, ZBl. 1905, 29 (durch Aufnahme des Wortes „Sparkasse" in die Firma darf nicht der unrichtige Anschein erzeugt werden, daß es sich um eine Sparkasse im Sinne des Sparkassenregulativs handelt).

Digitized by Google

begründet dessen Gebrauch die von den politischen Behörden zu ahndende Übertretung der Patentanmaßung (§ 113 PatG.).

Zusatz 1. Der Artikel enthält nichts über die **zivilrechtliche Bedeutung** der in diesem Artikel enthaltenen Formvorschrift. Sie hat vorwiegend rechtspolizeiliche Bedeutung. Die unter einer hienach unzulässigen Firma vorgenommenen Rechtshandlungen sind darum nicht ungültig (vergl. § 2 zu Art. 15). Firmeneintragungen, welche ganz oder zum Teil unzulässig sind, genießen, wenn dennoch geschehen, insoweit keinen Schutz, als ihre Unzulässigkeit reicht (Behrend § 40, Anm. 41, vergl. § 2 zu Art. 12). § 5.

Zusatz 2. Die Vorschrift des vorliegenden Artikels bezieht sich nur auf die ursprüngliche Firma, der Fall der abgeleiteten Firma ist im Art. 22 abgehandelt. § 6.

Artikel 17.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß, wenn in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft muß den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

Die Namen anderer Personen, als der persönlich haftenden Gesellschafter, dürfen in die Firma einer Handelsgesellschaft nicht aufgenommen werden; auch darf sich keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.

Einleitung.

Der Artikel gibt Sondervorschriften über die Form der Handelsgesellschaftsfirmen. Auch diesen Bestimmungen liegt das Prinzip der Firmenwahrheit zu Grunde; doch wird es nur in abgeschwächter Form durchgeführt. Der Artikel findet nur Anwendung, wenn wirklich eine offene Handelsgesellschaft (gemeinschaftlicher Betrieb eines Handelsgewerbes, Art. 85) vorliegt. Ein Einzelkaufmann kann nicht dadurch, daß sich jemand als sein Gesellschafter ins Register eintragen läßt, ohne faktisch am Betriebe und am Ertrage des Unternehmens beteiligt zu sein, das Recht zur Annahme einer (den Namen der als Gesellschafter eingetragenen Person enthaltenden) Gesellschaftsfirma erwirken. Diese Eintragung bewirkt nur, daß sich der Verkehr auf das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft berufen kann (Art. 110), nicht aber, daß die an das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft geknüpften Rechte geltend gemacht werden können (vergl. RG. 37, S. 62).[12]) Auf stille Gesellschaften und Gelegenheitsgesellschaften ist der Artikel nicht zu beziehen, sie sind keine Handelsgesellschaften. Wegen der stillen Gesellschaft vergl. Art. 16.

Soweit dieser Artikel Sondervorschriften nicht gibt, gelten auch für Handelsgesellschaften die allgemeinen Bestimmungen über Firmen:

[12]) Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die E. d. OGH. v. 28. Nov. 1905, Z.Bl. 1902, 102 im Ergebnis richtig; die Firma „Gasglühlichtgesellschaft A. & Co." wurde für unzulässig erklärt, da nach Austritt des Gesellschafters „A." nur mehr ein Gesellschafter übrig geblieben war (vergl. gegen diese Begründung § 2 zu Art 24); nach dem ganzen Sachverhalte war aber „A." niemals Gesellschafter, er wurde nur als solcher im Register eingetragen.

Digitized by Google

so Art. 20 (Erfordernis deutlicher Unterscheidung), ferner Art. 16 (vergl. Art. 5 und Einleitung zu Art. 16). Insbesondere gilt dies von der Wahl des Namens und der Zusätze zur Personen- und Geschäftsbezeichnung.

Es ist ferner hervorzuheben, daß auch die Gesellschaftsfirmen dem allgemeinen Erfordernisse einer Firma entsprechen müssen, daß sie nicht zur Täuschung dienen. So würde z. B., wenn die Gebrüder Anton und Albert Müller und Friedrich Schulze Sozien würden, die Firma Gebrüder Müller zwar dem Wortlaute des Gesetzes entsprechen — denn der Name eines Sozius ist vorhanden und ebenso ein Gesellschaftszusatz — aber dennoch unzulässig sein, weil sie zu der Täuschung Anlaß gibt, als seien nur zwei Brüder Müller Gesellschafter. Ebenso ist die Wahl der Firma Gebrüder Friedmann nicht zulässig, wenn Friedmann und Wendland sich assoziieren. Ebenso ist die Firma „L. Erben" schon deshalb unzulässig, wenn nicht sämtliche Erben der L. Inhaber der Firma sind (Links 6535).

Die Sondervorschriften des vorliegenden Artikels sind:

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Firma der offenen Handelsgesellschaft** muß, wenn nicht alle Sozien genannt sind, einen Gesellschaftszusatz erhalten (und zwar einen solchen, der der Sachlage nicht widerspricht, vergl. die Einleitung Abs. 3). Für den Fall, daß alle Sozien in der Firma genannt sind, bestimmt das Gesetz nichts. Ein Gesellschaftszusatz ist dann nicht nötig, aber auch nicht unzulässig, wenn er nur nicht so beschaffen ist, daß er zu der Täuschung Anlaß gibt, daß außer den benannten Sozien noch andere vorhanden sind. Wenn z. B. Schulze und Müller Inhaber sind, so darf die Firma nicht lauten: Schulze, Müller & Co., wohl aber Bankverein Schulze & Müller (zust. OLG. Hamburg in GZ. 42, S. 502). Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß ferner den Namen wenigstens eines Gesellschafters enthalten; dieser Vorschrift entspricht die Firma „W. L. Erben" nicht (AdlCl. 2214).

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Die Firma der Kommanditgesellschaft** muß den Namen wenigstens eines Komplementars und einen Gesellschaftszusatz enthalten. Daraus folgt: der Gesellschaftszusatz ist immer notwendig, auch wenn alle Komplementare in der Firma genannt sind. — Die Vorschrift des Abs. 2 gilt auch für die Aktienkommanditgesellschaft, die ja nur eine Abart der Kommanditgesellschaft ist.

§ 3. 3. (Abs. 3.) Hier wird **für beide Gesellschaftsarten gemeinsam** negativ bestimmt, daß andere als persönlich haftende Gesellschafter in der Firma nicht genannt sein dürfen; auch keine Kommanditgesellschaft, selbst die Kommanditgesellschaft auf Aktien sich nicht Aktiengesellschaft nennen dürfe, wohl aber kann sich letztere Gesellschaft Kommanditgesellschaft auf Aktien nennen, und es ist nicht ersichtlich, mit welchem Rechte Schultze-Görlitz (S. 162) dies verbieten will. Näheres über die Firma der Aktienkommanditgesellschaft siehe § 3 zu Art. 175.

Aus der ersteren Bestimmung geht hervor, daß weder Kommanditisten, noch stille Gesellschafter, noch fremde Personen in der Firma figurieren dürfen, und zwar Kommanditisten und stille Gesellschafter unter dem Präjudiz persönlicher Haftung (Art. 168 und 257), fremde Personen zur Vermeidung rechtspolizeilichen Einschreitens (Art. 26).

§ 4. **Zusatz 1. In Bezug auf die zivilrechtliche Bedeutung** der Vorschrift ist zu bemerken, daß die Rechtsgeschäfte der unter einer unzulässigen Firma handeltreibenden Gesellschaft nicht etwa ungültig sind (Bolze 1, Nr. 1169).

Digitized by Google

Zusatz 2. Die Vorschrift des vorliegenden Artikels bezieht sich nur auf den Fall, wo zwei oder mehrere Personen ein Geschäft begründen und dadurch eine offene Handelsgesellschaft bilden. Sie können aber auch ein bestehendes Geschäft mit dem Firmenrechte erwerben und können in diesem Falle die alte Firma fortführen, auch wenn sie keine Gesellschaftsfirma ist (Art. 22). § 5.

Artikel 18.

Die Firma einer Aktiengesellschaft muß in der Regel von dem Gegenstande ihrer Unternehmung entlehnt sein.

Der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden.

Über die Firma der Aktiengesellschaft (Firma und Name sind bei ihr identisch, RG. 1, S. 26; 3 S. 68) bestimmt der Artikel noch besonders:

1. (Abs. 1.) Positiv: Sie soll eine **Sachfirma** und regelmäßig dem Gegenstande der Unternehmung entlehnt sein. Ausnahmen zuzulassen ist das Handelsgericht zuständig (vergl. Hahn § 2).[13]) Die Zulassung liegt in der Eintragung der gewählten Firma. Wo das Statut der Genehmigung der politischen Behörde unterliegt, liegt in der Genehmigung des den Firmawortlaut enthaltenden Statutes die Zulassung der Ausnahme (Hahn § 2). § 1.

2. (Abs. 2.) Negativ: Sie soll **nicht den Namen von Aktionären oder anderen Personen enthalten**, widrigen Falls nach Art. 26, Abs. 2 einzuschreiten ist, und zwar gegen die Gesellschaftsvertreter, nicht gegen die Träger der mißbrauchten Namen, gegen welche auch nicht der Erfolg der persönlichen Haftung eintritt (vergl. Ring, Aktiengesetz, Anm. 7 zu Art. 209). § 2.

Doch ist bei Anwendung dieser Vorschrift im Auge zu behalten, daß der Zweck der Bestimmung nur der ist, den Schein zu vermeiden, als bestände eine persönliche Beteiligung und Haftung. Wenn daher solcher Schein nicht zu befürchten ist, wird auch die Beifügung der Personennamen für unbedenklich gehalten, so z. B. wenn es sich um historische oder mythologische Namen handelt (vergl. aus dem Wiener Handelsregister Kaiser-Ferdinands-Nordbahn, Merkur usw., kais. königl. privilegierte Lebensversicherungsanstalt Österreichischer Phönix in Wien (siehe hierüber Canstein I, S. 120); aber auch, obwohl hierüber schon gestritten wird, wenn ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz den Schein einer Beteiligung beseitigt, z. B. aus dem Wiener Handelsregister: Etablissement für Mietwäsche, vormals W. Langer. Aus gleichem Grunde aber kann man weitergehen und die im Wiener Handelsregister verzeichneten Firmen: Aktiengesellschaft R. Ph. Waagner, Eisengießerei und Brückenbauanstalt, Moritz Hansel und Söhne, Aktiengesellschaft für Textilindustrie, Franz Xaver Brosche Sohn, Aktiengesellschaft zur Erzeugung . . . für zulässig erachten, weil das Wort Aktiengesellschaft in unzweideutiger Weise kundgibt, daß keine persönliche Haftung

---

[13]) Die unbedingte Entlehnung vom Gegenstande der Unternehmung schreibt § 4 GenG. für die Genossenschaftsfirma vor. Bezüglich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung stellt § 6 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung frei die Annahme einer vom Gegenstande des Unternehmens entnommenen Firma, Annahme eines den Namen aller oder eines der Gesellschafter enthaltenden Firma, oder die Beibehaltung der Firma des auf die Gesellschaft übergegangenen Unternehmens.

Digitized by Google

vorliegt. Dagegen ist die Firma Philipp Haas & Söhne als Firma einer Aktiengesellschaft unzulässig, ebenso die Firma Stein-, Blech-, Kunst- und Musikaliendruckerei Josef Eberle & Comp.; dagegen Canstein I, S. 221, der bei Übertragung eines Handelsgeschäftes von einem Einzelkaufmanne an eine Aktiengesellschaft die Fortführung der Einzelfirma durch die Aktiengesellschaft auch ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz für zulässig hält.

Wegen des Firmenüberganges an und von der Aktiengesellschaft vergl. noch Erl. § 7 zu Art. 22.

Zusatz. Nicht vorgeschrieben ist, daß die Aktiengesellschaft sich als solche oder auch nur als Gesellschaft bezeichnen muß (wie für Aktiengesellschaften in § 20 d. HGB. für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in § 4 GenG., für Gesellschaften mit beschränkter Haftung in § 5 des GmbHG. vorgeschrieben ist). (Mit Unrecht meinen Gareis-Fuchsberger — S. 55, Note 80 — nur eines von beiden stände ihr frei.) Daher sind ganz korrekt folgende Aktiengesellschaftsfirmen des Wiener Handelsregisters: Wiener Bankverein, Anglo-österreichische Bank, Wiener gewerbliches Kreditinstitut. Auch ist die Wahl der Firma einer anderswo domizilierenden Aktiengesellschaft zulässig, obgleich dies für den Aktienverkehr bedenklich ist (vergl. Canstein I, S. 220; Randa I, S. 123).

Artikel 19.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung sich befindet, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat dieselbe nebst seiner persönlichen Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

Die Pflicht zur Anmeldung und Zeichnung der Firma.

§ 1. 1. Diese nach Art. 26 erzwingbare Pflicht liegt **jedem Kaufmanne** ob (mit Ausnahme der Minderkaufleute), und insbesondere auch den Handelsgesellschaften, bei denen dies noch besonders vorgeschrieben ist, auch juristischen Personen (§ 1 zu Art. 16), auch Gemeinden oder sonstigen öffentlichen Korporationen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben. Die österreichisch-ungarische Bank ist aber davon befreit (§ 91 der Statuten, vergl. § 4 zu Art. 5). Die Eintragung staatlicher Unternehmungen ist der Bestimmung im Verordnungswege überlassen (§ 8 EG., vergl. § 8 zu Art. 4). Jedoch sind derartige Verordnungen nicht erflossen.

§ 2. 2. Die Anmeldung erfolgt bei **dem Handelsgerichte der Niederlassung.**[14]) Die Niederlassung befindet sich dort, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ausgeht (ROHG. 16, S. 52); sie ist zu unterscheiden von dem Wohnsitze des Kaufmannes, auch von dem Ort, in welchem das Fabriks-

[14]) Die Firmen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften werden, ohne Rücksicht ob deren Unternehmen im Betriebe von Handelsgeschäften besteht oder nicht, ob sie im ersteren Falle als Vollkaufleute oder Minderkaufleute anzusehen sind, nicht in das Handelsregister, sondern ausschließlich in das Genossenschaftsregister eingetragen, da die Bestimmungen über das Handelsregister auf Genossenschaften gemäß § 13 GenG. nicht anwendbar sind; denn betreffs dieses Punktes enthält das Genossenschaftsgesetz durch Einführung des Genossenschaftsregisters eine vom HG. abweichende Bestimmung (Stroß, Genossenschaftsrecht S. 116; Blaschke-Pitreich S. 27; so auch die Praxis der Gerichte; dagegen Canstein I., S. 382 und 616).

Digitized by Google

gebäude oder das Lager sich befindet. Der Ausdruck Handelsniederlassung ist übrigens gleichbedeutend mit dem Worte Hauptniederlassung in Art. 21, Abs. 3 (RG. 21, S. 2). Fehlt es an einer Handelsniederlassung, was auch bei Vollkaufleuten vorkommen kann, z. B. bei herumziehenden Pferdehändlern, Kolporteuren, Meßkaufleuten, so ist der bürgerliche Wohnsitz maßgebend (Hahn § 3; Puchelt, Anm. 4). — Über die **Form** der Anmeldung siehe § 1e zu Art. 12. Sie kann auch durch Bevollmächtigte erfolgen (Schultze-Görlitz S. 103).

3. Die **Zeichnung der Firma** ist ein von der Anmeldung verschiedenes Erfordernis. **Sie verträgt ihrer Natur nach Stellvertretung nicht.** Das Gesetz spricht denn auch zutreffend von der „persönlichen Unterschrift" des Kaufmannes (OGH. bei Nowak 3, S. 366). Auch der Prokurist kann den Prinzipal hiebei nicht vertreten (dies gegen AdlCl. 32). Wo eine persönliche Unterschrift nicht möglich ist, z. B. weil der, in dessen Namen das Handelsgewerbe betrieben wird, einen gesetzlichen Vertreter hat (Unmündige, Geisteskranke, juristische Personen), da ist auch eine Zeichnung nicht erforderlich, ohne daß aus diesem Grunde die Verpflichtung zur Firmenprotokollierung entfallen würde (AdlCl. 88; vergl. Schultze-Görlitz S. 177, der dies zunächst nur von den öffentlichen Korporationen annimmt, allerdings auch mit abweichender und nicht zutreffend erscheinender Begründung). Aus gleichem Grunde müssen Schreibensunkundige von der Zeichnung der Firma als verschont gelten; sie können nicht etwa wegen ihres Unvermögens von der Eintragung ausgeschlossen werden, zumal ja die Festlegung der Firmenzeichnung im Register dort keinen Zweck hat, wo das Publikum persönliche Firmenzeichnungen des Kaufmannes im Handelsverkehre nicht zu gewärtigen hat (zust. Puchelt Anm. 6; Allfeld S. 136; Schultze-Görlitz S. 117; Randa I, S. 128; anders, aber isoliert, AdlCl. 32; vergl. dagegen die spätere E. in AdlCl. 772). Der Wortlaut der eingetragenen Firma muß selbstredend mit dem der eingelegten Firmenzeichnung genau übereinstimmen. Daher kann dem OGH. in AdlCl. 1082 nicht beigestimmt werden, wo die eingelegte Firmenzeichnung „Ig. A. & Söhne" zugelassen wurde, trotzdem die Firma „Ignaz A. Söhne" eingetragen war (zust. Randa I, S. 124). **§ 2a.**

Zusatz. Über die zivilrechtliche Bedeutung der Anmeldung sagt der Artikel nichts. Durch die Anmeldung der Firma entsteht nicht etwa die Kaufmannsqualität oder das Firmenrecht (RDHG. 10, S. 289; RG. 14, S. 19; AdlCl. 783, 2123). In der letzterwähnten Entscheidung wurde ausgesprochen, daß auf Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, welche unabhängig von ihrer Kaufmannsqualität ihre Firma zur Eintragung ins Genossenschaftsregister anzumelden haben, sofern sie nicht durch den gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften die Kaufmannseigenschaft erlangt haben, die bloß für protokollierte Kaufleute geltenden Bestimmungen über den kaufmännischen Konkurs und der §§ 5 und 6 AnfG. keine Anwendung finden (vergl. auch R. Pollak S. 50). Die Bedeutung der Anmeldung liegt vielmehr darin, daß der Anmeldende durch dieselbe erklärt und kundgibt, er sei Kaufmann und betreibe unter dieser Firma Handelsgeschäfte (vergl. § 6 zu Art. 12). Darin liegt zweierlei: einmal, er erklärt, er sei Kaufmann und betreibe Handelsgeschäfte, nicht er werde künftig solche betreiben (RG. 22, S. 59); abweichend, aber nicht zutreffend Johow und Küntzel, Bd. 4, S. 29); sodann, er betreibe sie unter dieser Firma, wodurch diese zur Feststellung gebracht ist, so daß er durch die Führung einer hievon abweichenden Firma kein Recht auf die letztere erlangt (RDHG. 4, S. 254). **§ 3.**

Digitized by Google

Artikel 20.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem in das Handelsregister bereits eingetragenen Kaufmanne gleiche Vor- und Familiennamen, und will auch er sich derselben als seiner Firma bedienen, so muß er dieser einen Zusatz beifügen, durch welchen sich dieselbe von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Einleitung. **Der Artikel gibt Vorschriften über die Herstellung der Firmenverschiedenheit.** Das Firmenrecht würde seine Bedeutung für den Handelsverkehr einbüßen, wenn es jedem Kaufmanne freigestellt wäre, nur nach dem Prinzipe der Wahrheit seine Firma zu führen, ohne Rücksicht auf schon bestehende Firmen. Darum ist Fürsorge getroffen für die Herstellung der Firmenverschiedenheit durch das sogenannte Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma. In diesem Sinne ist 1. in Abs. 1 im allgemeinen das Erfordernis der deutlichen Unterscheidbarkeit, 2. in Abs. 2 eine spezielle Vorschrift zur Erzielung dieser Deutlichkeit bei gleichlautenden Namen gegeben.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Es ist zunächst die allgemeine Anordnung getroffen, daß jede neue Firma sich von allen bisherigen am Orte oder in der Gemeinde bestehenden und eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden soll.**

a) Als Ort im Sinne dieses Artikels ist derjenige geographische Bezirk anzusehen, dessen Name gebräuchlich ist, um in weiteren Handelskreisen das Geschäftsdomizil zu bezeichnen (Kammergericht bei Johow und Küntzel 8, S. 11; OLG. Dresden in GZ. 37, S. 529). Der Begriff Ort fällt nicht immer mit der politischen Gemeinde zusammen. Es gilt hier dasselbe wie beim Handelsplatz in Art. 347 (vergl. § 11 daselbst und AdlCl. 1872 [erste Instanz]). So bilden Linz und Urfahr, Prag und Königliche Weinberge je einen Handelsplatz. Auf den Sprengel des Handelsgerichtes kommt es dabei nicht an; es kann sogar vorkommen, daß ein Ort im Sinne unseres Artikels in mehreren Staaten liegt (Hahn § 8).

b) Unter Gemeinde ist der politische Verband zu verstehen, er umfaßt oft weniger Territorium als der Ort im Sinne der Nr. a, oft umgekehrt mehrere Orte.

c) Den Schutz dieses Artikels genießen nicht die bestehenden, sondern die bestehenden und eingetragenen Firmen; die bestehenden, das heißt die zu Recht bestehenden (ROHG. 6, S. 248) — nach Erlöschen des Geschäftes besteht die Firma nicht mehr zu Recht, auch wenn sie noch registriert ist (RG. 29, S. 69) —; die eingetragenen, das heißt die nicht bloß zur Eintragung angemeldeten; nicht die frühere Anmeldung (wie nach § 19 MarkG.) und auch nicht die frühere Bekanntmachung, sondern nur die frühere Eintragung entscheidet über die Priorität (Puchelt Anm. 6). Daß sich der Rang der Eintragungen im Handelsregister nach dem Zeitpunkte des Einlangens des betreffenden Gesuches zu richten hat, ist im Gesetze nirgends ausgesprochen. Auch sind keine Einrichtungen getroffen, durch welche der Zeitpunkt innerhalb des Tages, an dem ein Firmengesuch einlangt, festgestellt werden

Digitized by Google

kann (siehe §§ 66 und 78 GeschO.). Ebensowenig ist im Gesetze ausgesprochen, daß für die Priorität der Firma die Zahl maßgebend ist, die die bezügliche Eingabe im Tagebuche für Firmensachen erhalten hat. Blaschke-Pitreich S. 35 haben die gegenteilige Ansicht nicht begründet. § 78 GeschO. und § 24 der V. vom 9. März 1863, RGBl. Nr. 27, bilden nur eine faktische, keine rechtliche Garantie, daß die Eintragungen ins Handelsregister nach der Reihenfolge des Einlangens der bezüglichen Eingaben erfolgen werden. Da nur die registrierte Firma den Schutz genießt, so darf ein Kaufmann, vorausgesetzt, daß er sonst nach Art. 16 zur Wahl der Firma berechtigt ist, eine solche wählen, die mit einer anderen bestehenden, nicht eingetragenen identisch ist, und kann nach erfolgter Eintragung verlangen, daß die letztere einen unterscheidenden Zusatz sich beifügt.[15]) Da nur die zu Recht bestehende Firma den Schutz genießt, so kann, wenn die eingetragene Firma zu Unrecht geführt wird, der Eintragung zum Trotz von dem wirklich Berechtigten die gleiche Firma geführt werden. Bei zwei Anmeldungen, die beide noch nicht zur Eintragung geführt haben, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Priorität der Anmeldung entscheiden (Behrend § 40, Anm. 48).

d) Der Vorschrift unterliegen neue Firmen, das heißt die an dem betreffenden Orte noch nicht eingetragenen. Verlegt daher ein Kaufmann sein Geschäft an einen anderen Ort, so muß er an dem neuen Orte den Art. 20 beobachten, wenn auch an sich sein Firmenrecht nicht untergeht (RG. 20, S. 171; Allfeld S. 139). § 2a.

Welches ist aber das Schicksal zweier gleichlautenden Firmen, wenn zwei Gemeinden miteinander politisch vereinigt werden? Die Frage kann infolge der Vereinigung von Floridsdorf mit Wien praktisch werden. Nach unserer Ansicht bleiben beide Firmen nebeneinander bestehen. Denn der Art. 20 gibt den bestehenden und eingetragenen Firmen den Vorzug lediglich vor den Firmen, welche diese beiden Requisite nicht haben. Von zwei bestehenden und rite eingetragenen Firmen, ein Fall, der unter normalen Verhältnissen gar nicht vorkommen kann, braucht dagegen keine der anderen zu weichen. Nicht etwa die später eingetragene, wie Allfeld S. 139 und Schultze-Görlitz S. 120 meinen. Denn es gibt keine allgemeine Rechtsregel: Prior tempore potior jure. Der Satz gilt, wo er gesetzlich angeordnet ist. Sonst überall wird die Stärke des Rechtes durch sein Alter nicht bestimmt, vielmehr sind die mehreren Rechte, einmal rite entstanden, gleich stark. Aber es müssen auch nicht etwa, woran man ebenfalls denken könnte, die Firmen der untergehenden Gemeinde einen unterscheidenden Zusatz annehmen, wenn sie mit Firmen der aufnehmenden Gemeinde gleichlauten, weil sie für die aufnehmende Gemeinde neue Firmen seien. Denn als sie eingetragen wurden, waren sie für den Ort, in welchem sie bestanden, nicht neu, und die in Floridsdorf rite entstandenen und eingetragenen Firmenrechte sind, wie gesagt, gleich stark, wie die in Wien entstandenen und eingetragenen Firmenrechte.

[15]) Die nicht eingetragene Firma ist damit doch nicht rechtlos; denn die Konkurrenzfirma muß nach Art. 16—18 zulässig sein, widrigenfalls nach Art. 26 und 27 eingeschritten werden und die eingetragene Firma ihrerseits nicht nach Art. 27 klagen kann (Puchelt Anm. 5).

Digitized by Google

erfüllt und kann schon deshalb zur Aufhebung eines wohlerworbenen Firmenrechtes nicht führen. Denn für diejenigen Teile des erweiterten Wiens, welche das frühere Floridsdorf bildeten, sind die Floridsdorfer Firmen nicht neu. — Bestätigt wird die Richtigkeit dieser Ansicht durch die Erwägung, daß auch in dem analogen Falle, wo zwei Orte in so nahe Verkehrsbeziehungen treten, daß sie im Laufe der Zeiten zu einem Handelsplatze zusammenwachsen, so daß daraus ein Ort im Sinne unseres Artikels (vergl. § 1) wird, weder der Registerrichter noch ein Firmenführer von einem anderen Firmenführer eines Tages verlangen kann, daß der letztere weichen müsse, vielmehr müssen auch in diesem Falle beide Firmen nebeneinander bestehen. — Die beiden gleichlautenden Firmen mögen in ihrem eigenen Interesse für eine Unterscheidung sorgen; soweit das öffentliche Interesse in Frage kommt, ist eine gesetzliche Fürsorge für eine Unterscheidung in diesem Falle nicht getroffen (zust. Kammergericht bei Johow 8, S. 11).

§ 3. e) Das Erfordernis deutlicher Unterscheidung unterliegt der Prüfung des Registerrichters von Fall zu Fall. Als Richtschnur muß hier die kaufmännische Sitte gelten, nach welcher die Firma immer genau so, wie ihr Führer sie angenommen hat, gebraucht wird. Ihr unverstümmelter Gebrauch wird vorausgesetzt. Die Unterscheidung der Firmen besteht daher häufig in relativ kleinen Verschiedenheiten, z. B. in einer anderen Stellung der in der Firma enthaltenen Initialen, beziehungsweise einer Initiale mehr oder weniger. Die Bestimmungen des § 25 MarkG. und § 46 GewO., die allerdings die Möglichkeit der Unterscheidung ohne besondere Aufmerksamkeit verlangen, können hier nicht analog angewendet werden. Diesen Grundsatz hat das RG. 20, S. 71 aufgestellt und dabei noch besonders hervorgehoben einmal, daß der § 18 des (früheren) deutschen Markenschutzgesetzes vom 30. März 1874, der eine Unterscheidbarkeit ohne besondere Aufmerksamkeit verlangt, nicht analog anzuwenden ist, und ferner (gegen v. Völderndorff in Endemanns Handbuch Bd. 1, S. 201), daß es für die vorliegende Frage ohne Belang sei, ob die in Frage stehende Firma denselben Geschäftszweig betreibe, oder ob gar die neue Firma einer bereits bestehenden unlautere Konkurrenz zu bereiten beabsichtigt. Auch das Oberlandesgericht Wien (ZBl. 1902, 102) hat ausgesprochen, daß die Zulässigkeit einer Firma ausschließlich nach dem HGB. ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer unlauteren Konkurrenz mit einer sich nach Art. 20 deutlich von einer anderen unterscheidenden Firma zu beurteilen sei (genügende Unterscheidbarkeit zwischen der im Publikum unter dem Namen „Auergesellschaft" bekannten Firma „Österreichische Gasglühlichtgesellschaft" und der Firma „Gasglühlichtgesellschaft Auer & Co." Dagegen legte der OGH. gerade auf diesen Umstand (in AdlCl. 1195) besonderes Gewicht, indem in der Voraussetzung eines Vornamens allein zu dem Geschlechtsnamen unter ausdrücklichem Hinweis auf den gleichen Geschäftsbetrieb keine genügende Unterscheidung erblickt wurde (vergl. auch zweite Instanz in AdlCl. 1918). Auch die bloße Weglassung des Vornamens ist ein deutlicher, weil charakteristischer Unterschied, zumal weil die Führung des bloßen Beinamens als Firma sehr selten ist und deshalb auffällt (dagegen AdlCl. 1341, ebenfalls unter Hinweis auf den gleichen Geschäftsbetrieb. Diese im Wortlaute des Gesetzes nicht begründete Strenge des OGH. und dessen häufige

Digitized by Google

überdies ist das Requisit „neu" hier nicht voll und ganz, nicht absolut Rücksichtnahme auf die Möglichkeit einer unlauteren Konkurrenz läßt sich sachlich wohl dadurch rechtfertigen, daß es derzeit in Österreich an einem allgemeinen Gesetze zum Schutze gegen den unlauteren Wettbewerb fehlt[16]) und den einzigen Schutz gegen denselben durch Firmenmißbrauch — außer wenn die Voraussetzungen des § 23 MarkG. vorliegen — tatsächlich die Bestimmung des Art. 20 HGB. bietet. Ohne Rücksicht auf die Möglichkeit unlauterer Konkurrenz ist allerdings auch zwischen den Firmen Gebrüder Baumann und Baumann Gebrüder kein deutlicher Unterschied (vergl. Entsch. des Stadtgerichtes Berlin in Busch, Archiv 3, S. 75), ebensowenig zwischen den Firmen M. D. Sohn und M. D. & Söhne (AdlEl. 880).

Die Firmen Josef Fraenkel und Josef Frenkel sind nicht deutlich unterschieden, weil sie sich gleichmäßig aussprechen und dadurch ihre deutliche Unterscheidbarkeit verlieren. — Abkürzungen, die doch voll ausgesprochen werden (Friedr. neben Friedrich), unterscheiden nicht deutlich, ebensowenig sind deutlich verschieden „& Co." und „et Cpie." Hahn § 3). Auch von einer Liquidationsfirma muß eine neue Firma sich deutlich unterscheiden. Der Zusatz „in Liquidation" stellt den deutlichen Unterschied nicht dar, da er nur einen veränderten rechtlichen Zustand bedeutet (Johow 10, S. 17; RG. 29, S. 68). Das Gleiche gilt von dem Zusatze „Nachfolger". Der Kaufmann Albert Graetz, der sein Geschäft verkauft und dem Erwerber gestattet hat, Albert Graetz Nachfolger zu firmieren, ist nicht berechtigt, sich unter der Firma Albert Graetz neu zu etablieren (vergl. AdlEl. 319). Eine genügende Unterscheidung hat der OGH. in der E. vom 22. Sept. 1903, NotZ. 1904, 2, zwischen den Firmen „Spar- und Vorschußkasse" und „Spar- und Vorschußverein" erblickt.

2. (Abs. 2.) **Bei Namensgleichheit müssen unterscheidende Zusätze gewählt werden.** Die Vorschrift ist nicht präzis. Sie spricht von Gleichheit mit dem Namen eines eingetragenen Kaufmannes, gemeint ist aber Gleichheit mit einer eingetragenen Firma. Ein undeutlicher Zusatz ist es, wenn eine Firma lautet: Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichsplatz, und die neue Firma heißen soll: Johann Maria Farina, Jülichsplatz, Kontor Brüderstraße Nr. 21 (GZ. 6, S. 575). Bloße Anfügung des Ortsnamens zur sonst gleichlautenden Firma ist auch nicht genügend (Bolze 5, Nr. 198; Hahn § 9), desgleichen nicht die Beifügung eines die Branche bezeichnenden Zusatzes (Links 8165), auch nicht die Beifügung des Wortes „Zweite" oder des Zahlzeichens „II". (OGH. vom 18. Okt. 1904, NotZ. 1904, 46). § 4.

Zusatz. Aus anderweit entwickelten Grundsätzen (vergl. Erl. zu Art. 12) folgt, was Rechtens ist, wenn der Handelsrichter die Firmeneintragung trotz Ungleichheit ablehnt oder trotz Gleichheit vornimmt. Im ersteren Falle hat der Anmeldende nur den Beschwerdeweg, nicht etwa die Klage gegen den Konkurrenten auf Bewilligung der Eintragung; diese reicht nicht aus, da an der Nichteintragung das öffentliche Interesse beteiligt ist. Im letzteren Falle ist die Klage auf Herbeiführung der Änderung gegeben. Ob daneben Beschwerde zulässig ist, darüber siehe zu Art. 26. § 5.

[16]) Über Entwurf zu einem solchen Gesetze siehe § 7 zu Art. 15.

Digitized by Google

Artikel 21.[17])

Die Firma muß auch für die an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde errichtete Zweigniederlassung bei dem für die letztere zuständigen Handelsgerichte angemeldet werden.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma, so muß der Firma ein Zusatz beigefügt werden, durch welchen sie sich von jener bereits vorhandenen Firma deutlich unterscheidet.

Die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Einleitung.

Besondere Vorschriften über die Firma einer Zweigniederlassung.

An sich ist eine Zweigniederlassung auch an dem Orte denkbar, an welchem der Prinzipal seine Hauptniederlassung hat (B. Mayer S. 529, N. 182). Doch ist auf diese im Gesetze keine Rücksicht genommen. An demselben Orte kann der Kaufmann unter derselben Firma auch mehrere Geschäfte führen, die dann rechtlich ein Ganzes bilden (OLG. Dresden in GZ. 34, S. 563), nach seiner Wahl auch unter verschiedenen Firmen (vergl. Art. 15, § 1). Er kann auch an verschiedenen Orten mehrere selbständige Geschäfte führen, unter verschiedener, aber auch unter gleicher Firma (Blaschke-Pitreich S. 36). Dieselben bilden dann in mancher Hinsicht eine Einheit (z. B. gehören sie zum einheitlichen Vermögen des Kaufmannes), in anderer Hinsicht tritt wieder eine Getrenntheit der Rechtsbeziehungen hervor (nämlich in Bezug auf die handelsregisterlichen Eintragungen und ihre Bedeutung). Diese Getrenntheit der Rechtsbeziehungen besteht dann nicht, wenn der Kaufmann das eine dieser Geschäfte im Handelsverkehre als Zweigniederlassung bezeichnet. Alsdann unterliegt aber diese Zusammengehörigkeit auch dem Registerzwang.

§ 1. 1. **Begriff der Zweigniederlassung.** Eine Zweigniederlassung im Sinne dieses Artikels ist vorhanden, oder vielmehr (vergl. die Einleitung) zur Bezeichnung und Eintragung als Zweigniederlassung ist ein Geschäft geeignet, wenn an einem vom Sitze des Hauptgeschäftes verschiedenen Orte gleichartige Geschäfte des Prinzipals abgeschlossen werden, dieser abgezweigte Betrieb nach seiner Organisation auf die Dauer berechnet ist und der damit Beauftragte eine selbständige kaufmännische Tätigkeit entwickelt (OGH. v. 13. Dez. 1906, ZBl. 1906, 63). Die Notwendigkeit des unmittelbaren Geschäftsabschlusses in der Niederlassung wird auch bei GlUNF. 1168 betont (Johow und Küntzel 5, S. 22; ROHG. 14, S. 403; Behrend §§ 38 ff.; Randa I, S. 98; Hilscher, Die Kompetenz für Klagen aus dem Eisenbahnfrachtvertrage, GZ. 1906, N. 9; Denzler S. 29). Der bloße Abschluß von Rechtsgeschäften, die sich in typischer Form erledigen, wie der Verkauf von Billeten, genügt nicht (Blaschke-Pitreich S. 367, vergl. auch GH. 1877, Nr. 56 und 57). Das Erfordernis eines selbständigen Betriebes wird dagegen verneint in AdlCl. 1151 und 1706, und zwar in beiden Entscheidungen unter Berufung darauf, daß § 40 GewO. bloß Magazine und Warenaufbewahrungsstätten nicht zu

[17]) Literatur: Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte. Zürich 1902.

Digitized by Google

den Zweigetablissements rechnet. Der Begriff des „Zweigetablissements" in § 40 GewO. und der der „Zweigniederlassung" im Sinne des Art. 21 HGB. ist jedoch nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten zu bestimmen (Blaschke-Pitreich a. a. O.; vergl. Randa I, S. 97; Nemethy, Formularien, N. 188, Anm. 7). Zum Begriffe der Selbständigkeit gehört dabei lediglich, daß der Leiter der Zweigniederlassung nicht bloßer Geschäftsvermittler, sondern nach außen selbständig aufzutreten berechtigt ist (anscheinend dagegen AdlCl. 2057), wenn auch nicht gerade notwendig in unbeschränktem Umfange (AdlCl. 1889). Auf die innere Abhängigkeit vom Prinzipal kommt es überhaupt nicht an (Brendel bei Gruchot 33, S. 223), auch darauf nicht, ob in dem Nebengeschäfte alle Geschäftszweige des Hauptgeschäftes betrieben werden (AdlCl. 1334; Johow 5, S. 22). Zweigniederlassungen sind hienach nicht Fabriken und technische Bureaus (AdlCl. 1271), Betriebsetablissements (AdlCl. 1380, 1883), Speicher, Empfangnahme- und Aushändigungsstellen — weil hier überall nur faktische Dienste verrichtet, nicht kaufmännische Geschäfte abgeschlossen werden — (Randa I, S. 97), Agenturen, weil der Agent nicht selbständig abschließt (im Ergebnis übereinstimmend AdlCl. 1800, wo aber das Hauptgewicht auf die verschiedene Gattung der betriebenen Handelsgeschäfte gelegt wurde), wohl jedoch die Subdirektionen und Generalagenturen der Versicherungsgesellschaften (Johow und Küntzel 5, S. 22; Allfeld S. 145; Randa I, S. 99; anders Brendel a. a. O.), nicht aber die auf die Vornahme von Vermittlungsdiensten zwischen der Hauptniederlassung und den Versicherungsnehmern beschränkten sogenannten Aquisitionsagentien (AdlCl. 2186, 2187), ebensowenig die Agentien der Versicherungsanstalten, die bloß zur Entgegennahme von Versicherungsanträgen auf den von den Gesellschaften aufgelegten Formularien, nicht aber zur Abgabe von rechtsverbindlichen Erklärungen für die Gesellschaft berechtigt sind, auch wenn sie den Namen „Generalagentien führen" (Links 6371). Zweigniederlassungen sind die Eisenbahnbetriebsdirektionen (Blaschke-Pitreich S. 36; Randa II, S. 99), nicht die Eisenbahnstationen; dieselben sind Teile des Hauptunternehmens, nicht Pertinenzen; sie sind Glieder des ganzen Organismus (Hahn § 14; ROHG. 14, S. 403; RG. 2, S. 391; anders unsere 1. und 2. Aufl.). Den Eisenbahnstationen fehlt die Selbständigkeit beim Abschlusse der Rechtsgeschäfte; es werden dortselbst lediglich Frachtverträge und Billetverkäufe nach bestimmten Weisungen abgeschlossen (Blaschke-Pitreich S. 36; Hilscher a. a. O.; Denzler S. 60). Aus den gleichen Gründen kommt den Stationen von Schiffahrtsunternehmungen nicht die Eigenschaft von Zweigniederlassungen zu (Randa I, S. 99). In AdlCl. 257 und 590 wurde lediglich die Frage verneint, ob Eisenbahnstationen als besondere Niederlassungen im Sinne des § 26 der früheren JN. anzusehen sind, woraus dann allerdings arg. a minori ad maius auch gefolgert werden müßte, daß dieselben keine Zweigniederlassungen im Sinne des Art. 21 bilden (vergl. den folgenden Absatz). Andrerseits muß zwischen dem Betriebe der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung ein gewisser geschäftlicher Zusammenhang bestehen. Die in dem Zweiggeschäfte betriebenen Geschäfte müssen mit den in der Hauptniederlassung betriebenen gleichartig sein (Randa S. 97; Hilscher a. a. O.). So wurde in AdlCl. 1800 mit Recht die Eintragung einer Porzellanfabrik als Zweigniederlassung einer Gemischtwarenhandlung verweigert.

Nicht jenes Maß von Selbständigkeit wie bei der Zweigniederlassung im Sinne des Art. 21 wird zum Begriffe der einen örtlichen Wahlgerichts-

Digitized by Google

stand begründenden „besonderen Niederlassung" im Sinne des § 87 JN. gefordert. Dies ergibt sich daraus, daß in den Motiven zu § 87 JN. (Mat. I, S. 77) ausdrücklich das juristische Verhältnis zur Hauptniederlassung für irrelevant erklärt und ausdrücklich das Erfordernis abgelehnt wurde, daß von der Niederlassung aus selbständig Geschäfte geschlossen werden (vergl. dagegen § 21 der deutschen ZPO.). In diesem Sinne: Fragenbeantwortung zu § 87; JN. S. 8: GlUNF. 1168; nicht vollkommen übereinstimmend R. Pollak, Zivilpr., S. 300; dagegen Hilscher a. a. O., der lehrt, daß der Begriff der Niederlassung in § 87 JN. kein selbständiger, sondern aus dem HGB., dem BergG. und der GewO. zu entnehmen sei. Der Begriff der Zweigniederlassung nach Art. 21 und der der besonderen Niederlassung nach § 87 JN. decken sich daher keineswegs (GlUNF. 1168). Als besondere Niederlassungen im Sinne der JN. sind nicht nur Eisenbahnbetriebsdirektionen (LG. Brünn, HG. 1900, Nr. 25) und die sogenannten Verwaltungssektionen der Eisenbahnen anzusehen (GlUNF. 1168), sondern unter Umständen auch Eisenbahnstationen (Fragenbeantwortung a. a. O.; dagegen Hilscher a. a. O.).

§ 2. 2. **Form der Firma der Zweigniederlassung.** Als Firma der Zweigniederlassung ist diejenige der Hauptniederlassung anzunehmen (AdlCl. 1047, 1229 und 1269). Die Beifügung eines Zusatzes, wie Filiale, Zweigniederlassung, Niederlage, ist üblich und zulässig (Schultze-Görlitz S. 101; Denzler S. 107), und es wird die Zulässigkeit von der eben zitierten E. des OGH. zu Unrecht geleugnet, dagegen für zulässig erklärt in AdlCl. 1409 und 1814. Nur wo die Firma der Hauptniederlassung am Orte der Zweigniederlassung bereits besteht, muß ein unterscheidender Zusatz beigefügt werden. Als solcher wird z. B. genügen Filiale der Mitteldeutschen Kreditbank aus Berlin (vergl. Johow 12, S. 30). Immerhin muß der unterscheidende Zusatz so beschaffen sein, daß erkennbar ist, es sei die Firma des Hauptgeschäftes. Denn eine absolut verschiedene Firma kann das Zweiggeschäft nach unserer Ansicht nicht haben (anders Johow 14, S. 13: ein Begriffsmerkmal bilde die Identität der Firma nicht; sie sei nur eine Forderung des Gesetzes, welche Ausnahmen zulasse und deren Nichterfüllung das Bestehen der Zweigniederlassung nicht hindere).

§ 2a. 3. **Über die Eintragung der Zweigniederlassung** ist im Gesetze nur verordnet, daß sie bei dem Handelsgerichte des Zweiggeschäftes zu erfolgen hat und erst dann erfolgen kann, wenn die Firma der Hauptniederlassung an ihrem Sitze bereits eingetragen ist (AdlCl. 1372). Die Höhe der von dem Zweigbetriebe entrichteten Steuern ist gleichgültig; die Zweigniederlassung ist dann ins Handelsregister einzutragen, wenn die von der Hauptniederlassung entrichteten Steuern nach ihrer Höhe gemäß § 7 EG. die Vollkaufmannsqualität begründen (AdlCl. 1527, 1830; Links 5682; vergl. Nemethy, Formularien, N. 188). Eine weitere Frage aber ist, wo, wenn die Firma der Hauptniederlassung bereits eingetragen ist, die Zweigniederlassung zuerst einzutragen ist, am Hauptsitze oder am Zweigsitze. Es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß die Eintragung der Zweigniederlassung beim Handelsregister des Zweigsitzes voranzugehen hat. Denn beim Handelsregister der Hauptniederlassung handelt es sich lediglich um die nach § 3 der V. über die Führung des Handelsregisters vorzunehmende Eintragung des Ortes, an dem sich allfällige Zweigniederlassungen der bereits hinsichtlich der Hauptniederlassung registrierten Firma befinden, und die Natur der Sache bringt es mit sich, daß bei den in die vierte Spalte des Registers vorzunehmenden Eintragungen

Digitized by Google

der Orte der Zweigniederlassungen nur bereits eingetragene Zweigniederlassungen zu berücksichtigen sind (AdlCl. 592; dagegen Randa I, S. 98).[18]) Diese Anmerkung der Orte der Zweigniederlassung ist von Amts wegen vorzunehmen, weil die Parteien mit der Anmeldung der Zweigniederlassung beim Handelsgerichte des Ortes derselben der ihnen nach Art. 21, Abs. 2 obliegenden Verpflichtung genügen und eine weitere Anmeldungspflicht im Gesetze nicht begründet ist (AdlCl. 1766; dagegen AdlCl. 948 und 669). — Wird die Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung erhoben, so unterliegt die Firma derselben im allgemeinen den Vorschriften über neue Firmen (Kammergericht bei Johow 2, S. 17, 9, S. 17; Behrend § 40, Anm. 35; Schultze-Görlitz S. 111). Die Firma des Hauptgeschäftes kann für die so gebildete Hauptniederlassung jedenfalls dann unbedenklich gewählt werden, wenn es eine ursprüngliche Firma ist (Johow 15, S. 12); wenn es aber eine abgeleitete Firma ist, nur dann, wenn dieses Vervielfältigungsrecht, das mit dem Firmenrechtserwerbe nicht notwendig verbunden ist, beim Erwerbe des Firmenrechtes mit übergangen ist (Johow 15, S. 10). Eine Veräußerung des Zweiggeschäftes mit dem Firmenrechte sollte streng genommen unzulässig erscheinen, da das Zweiggeschäft kein für sich bestehendes Geschäft ist und daher nicht das Erfordernis des Art. 22 erfüllt; es müßte also eigentlich, um den Übergang des Firmenrechtes zu erreichen, das Zweiggeschäft erst zur Hauptniederlassung erhoben und alsdann mit dem Firmenrechte veräußert werden (so auch Denzler S. 221; dagegen Johow 15, S. 12).

4. Der Artikel handelt nur von der Eintragung der Firma der Zweigniederlassung. Es fragt sich aber, ob auch alle sonstigen Eintragungen zum Zweigregister anzumelden sind (z. B. die Prokura). Das HGB. schreibt dies nicht allgemein vor, sondern nur in einzelnen Fällen (Art. 86, 152, 179, 212). Im übrigen spricht es nur von Anmeldungen zum Handelsregister (z. B. Art. 25, 26, 45, 87, 88, 89, 129, 135, 154, 201, 228, 233, 243, 247). Unter dem Handelsregister ist aber das zu verstehen, bei welchem die Firma eingetragen ist, also das Register beider Arten von Niederlassungen (Schultze-Görlitz S. 25; Randa S. 100; so legt auch die Denkschrift zum Entwurfe eines DHGB. S. 101, das geltende Recht aus).[19]) In AdlCl. 1047 wurde die Verpflichtung ausgesprochen, die Prokura auch beim Handelsgerichte der Zweigniederlassung eintragen zu lassen. Ähnlich AdlCl. 1326, wo jedoch vorausgesetzt wurde, daß sich die Prokura ursprünglich allein auf die Hauptniederlassung bezog. Bei AdlCl. 2080 wurde vom OGH. die Verpflichtung zur Anmeldung der Prokura beim Zweigregister unter Berufung auf die Rubriken des Formulares A zu der — doch keine Gesetzeskraft genießenden — Verordnung über die Führung des Handelsregisters ausgesprochen, übrigens dortselbst die Zulässigkeit einer Einschränkung der Prokura auf den Ort der Hauptniederlassung grundsätzlich anerkannt (vergl. § 3 zu Art. 44). Wegen der Aktiengesellschaften siehe an entsprechender Stelle. Ob die Eintragung beim Zweigregister erfolgen muß, um gegen den Dritten wirksam zu sein, darüber siehe § 4 zu Art. 25. **§ 2 b.**

---

[18]) Die Frage ist in § 10 des Entw. zu einem Ges., womit die Vorschriften über die Eintragungen ins Handels- und Genossenschaftsregister ergänzt werden, geregelt. Für GmbH. schreibt § 58 GmbH. vor, daß die Eintragung der Zweigniederlassung zuerst beim Register der Hauptniederlassung zu erfolgen habe.

[19]) Vergl. § 13 HGB. und § 11 des oben angeführten Entwurfes, wo die Frage ebenso geregelt ist wie in § 60 GmbHG.

Digitized by Google

§ 3. Zusatz 1. Über **inländische Zweigniederlassungen ausländischer Firmen** enthält der vorliegende Artikel nichts. Sind sie an ihrem Hauptsitze registriert, so besteht keine Schwierigkeit (es sei denn die Frage, ob die Firma nach österreichischem Rechte zulässig sein muß, worüber im Aktienrechte), wohl aber, wenn das fragliche ausländische Recht das Institut des Handelsregisters nicht kennt. Dieser Fall ist, wie Blaschke-Pitreich S. 36 zutreffend ausführt, nicht nach dem vorliegenden Artikel zu beurteilen, der sich vielmehr nur auf die Fälle bezieht, in welchen Haupt- und Zweigniederlassung im Gebiete des HGB. liegen. Vielmehr kommt hier das allgemeine Eintragungsprinzip des Art. 19 zur Anwendung, wobei es kein Bedenken erregen kann, der Wahrheit gemäß zu registrieren, daß das hiesige Geschäft eine Zweigniederlassung eines ausländischen Hauptgeschäftes ist (Johow und Küntzel 3, S. 12; 14 S. 13; übereinstimmend OLG. Dresden in GZ. 34, S. 565), nur muß natürlich die Firma den Erfordernissen des inländischen Rechtes entsprechen, wie bei Darstellung des Aktienrechtes ausgeführt werden wird. Ob aber die im Auslande bestehende Firma der Hauptniederlassung auch den dortigen Vorschriften entspricht, unterliegt nicht der Prüfung des hierländischen Gerichtes (AdlEl. 1251). Über inländische Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften enthält die V. v. 29. Nov. 1865, RGBl. Nr. 127, Bestimmungen (näheres im Zusatze zu Art. 212). Über inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung siehe § 107 ff. GmbHG., und Canstein, Die Errichtung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Österreich, Deutsche JurZtg. 1903, S. 413.

§ 4. Zusatz 2. **Materielles über die Zweigniederlassung.** Sie teilt die Schicksale des Hauptgeschäftes. Nimmt jemand einen Sozius für sein Handelsgeschäft an, so bezieht sich die Sozietät auch auf das Zweiggeschäft, die von diesem kontrahierten Schulden sind Sozietätsschulden (Bolze 13, Nr. 497; Canstein I, S. 209; K. Adler, S. 112); die Veräußerung des Geschäftes umfaßt auch das Zweiggeschäft (RG. v. 7. Nov. 1891 in JW., S. 572; Randa I, S. 100).

§ 5. Zusatz 3. **Die Vertretung der Zweigniederlassung** ist nicht besonders gesetzlich geregelt. Es folgt aus dem im § 1 Gesagten, daß nicht etwa ein offener Gesellschafter oder ein Vorstandsmitglied oder ein Prokurist Vertreter sein müsse, es kann auch ein Handlungsbevollmächtigter sein (ROHG. 17, S. 320; Ring S. 288; Denzler S. 198). Über die Erteilung einer besonderen auf die Zweigniederlassung beschränkten Prokura vergl. § 3 zu Art. 43.

§ 6. Zusatz 4. **In prozessualer Hinsicht** ist zweierlei zu bemerken:

a) Die Frage, ob die Zweigniederlassung unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, kann weder bejaht noch verneint werden. Denn die Frage ist nicht richtig gestellt. Die Zweigniederlassung ist ein als Pertinenz eines Hauptgeschäftes zu betrachtendes Geschäft. Ein Geschäft ist aber kein Rechtssubjekt, ein Zweiggeschäft ist ebensowenig prozeßfähig wie ein Hauptgeschäft, es kann also weder klagen noch verklagt werden. Die Frage muß dahin formuliert werden: Kann der Inhaber des Zweiggeschäftes unter der Firma desselben klagen und verklagt werden? Hierauf ist zu antworten: Auf Grund des im Exkurse zu Art. 15 durch Gewohnheitsrecht geschaffenen Rechtssatzes kann jeder Kaufmann unter der Firma seiner Zweigniederlassung klagen und verklagt werden, jedoch nur, wenn es sich um Streitigkeiten handelt, die durch den Betrieb des Zweiggeschäftes entstanden sind (vergl. Denzler S. 223). Das folgt aus der Natur der Sache und der für die ähnliche Frage des Gerichtsstandes gegebenen Vorschrift des § 87 JN. Ist übrigens hiegegen gefehlt, so liegt kein wesentlicher Mangel, sondern lediglich eine falsa demonstratio vor.

Digitized by Google

Beispiele: Die o. HG. Michels & Ko. in Köln hat einem Berliner Kaufmanne direkt einen Posten Ware verkauft. Dieselbe hat in Berlin eine Filiale und diese klagt unter der Firma Michels & Ko. in Berlin den Kaufpreis an. Das ist nicht richtig, kann aber richtiggestellt werden, da hiedurch das klagende Rechtssubjekt sich nicht verändert, sondern nur korrekter bezeichnet wird. Wollte in gleichem Falle der Berliner Kaufmann einen Anspruch aus dem Kaufgeschäfte gegen Michels & Ko. geltend machen, so würde er gleichfalls falsch klagen, wenn er die Firma Michels & Ko. in Berlin verklagen würde. Allein auch hier ist dieser Fehler zu verbessern, wenn nur der durch § 87 JN. nicht begründete Gerichtsstand irgendwie sich begründen läßt (vergl. § 7).

b) Einen besonderen allgemeinen Gerichtsstand begründet die Zweigniederlassung nicht, da sie kein zweites Domizil begründet; aber das forum gestae administrationis und das forum contractus können am Sitze der Zweigniederlassung begründet sein (vergl. § 87 JN.; Neumann S. 1217; Horten S. 282 ff.; Denzler S. 209; R. Pollak Zivilpr., S. 300; Hilscher a. a. O.). Durch eine im Inlande befindliche Zweigniederlassung einer ausländischen handeltreibenden Vereinigung wird der Gerichtsstand des § 99, Abs. 3 JN. begründet: das Klagegeschäft muß sich nicht auf den Geschäftsbetrieb der inländischen Niederlassung beziehen. § 7.

Artikel 22.[20])

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt, kann dasselbe unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben oder die etwaigen Miterben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen.

Einleitung. Der Artikel handelt vom Übergange des Firmenrechtes auf eine andere Person. Die Möglichkeit eines solchen Überganges ist eine so weit gehende Ausnahme vom Prinzip der Firmenwahrheit, daß infolge derselben bei keiner Firma mit Sicherheit auf den Firmeninhaber geschlossen werden kann.[21]) Auch ist infolge dieser Ausnahme und der des Art. 24 nicht mehr ersichtlich, ob der Inhaber einer Einzelfirma wirklich ein Einzelkaufmann und nicht vielmehr eine o. HG. ist und der Inhaber einer Gesellschaftsfirma wirklich eine Gesellschaft und nicht vielmehr ein Einzelkaufmann (vergl. unten § 4).

1. Die Voraussetzungen des Firmenüberganges sind zweierlei: § 1.

a) Der Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäftes durch Vertrag oder Erbgang. Und zwar muß es das Geschäft eines Vollkaufmannes sein, weil das Firmenrecht auf Minderkaufleute keine Anwendung findet (§ 7 EG.). Wer also die Firma eines Minderkaufmannes kauft, erwirbt das betreffende Firmenrecht nicht und kann es auch nicht nachträglich durch Vergrößerung des Geschäftes oder sonstige Umwandlung in ein Vollkaufmannsgeschäft für sich begründen (Johow 13, S. 27). Dagegen ist es gleichgültig, ob die Firma eingetragen ist oder nicht (Kammergericht bei Johow und Küntzel 5, S. 24; 13, S. 26; AblEl. 226; dagegen AblEl. 1759 und Wolf, JBl. 1901, Nr. 31) oder ob sie etwa schon

[20]) Literatur: Stegemann, Die Vererbung von Handelsgeschäften (Leipzig, 1903).

[21]) Nur zu Ungunsten der Gemeinschuldner besteht eine Ausnahme (vergl. § 1 zu Art. 16).

Digitized by Google

gelöscht ist, wenn nur im Sinne unserer Ausführungen in § 3 das Geschäft noch besteht (AdlCl. 1000). Auch kann ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte mit mehreren Firmen betreibt, eines davon mit der Firma veräußern (Kohler, Das Recht des Markenschutzes, S. 129) (unter Umständen ein Zweigetablissement mit seiner Firma; § 2a zu Art. 21), und ferner braucht das Handelsgeschäft nicht gerade gleichzeitig mit der Firma veräußert zu werden (Bolze 8, Nr. 156), rigoroser ist in letzterer Hinsicht das Kammergericht bei Johow 12, S. 22.

Im übrigen bedarf jeder der drei zu dem Erfordernis „Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäftes" gehörigen Begriffe einer besonderen Erläuterung.

§ 2. a) **Ein Handelsgeschäft.** Gemeint ist das Handelsgeschäft im Gegensatze zum Handelsvermögen, das Handelsgeschäft im engeren Sinne im Gegensatze zum Handelsgeschäfte im weiteren Sinne (vergl. Stegemann a. a. O., § 4; Lehmann S. 108). Die herrschende Lehre gibt bei Erläuterung dieser Gesetzesstelle eine Definition des Handelsvermögens, indem sie das Handelsgeschäft definiert als „die Gesamtheit der Rechte und Verbindlichkeiten, die mit einem bestimmten Handelsgewerbe verbunden sind" (so Randa I, S. 134; ähnlich lauten die Definitionen der anderen Schriftsteller; vergl. Geller ZBl. 1890, S. 608). Diese Definition ist schon deshalb verfehlt, weil sie die Passiven zu den realen Bestandteilen des Handelsgeschäftes rechnet. Ein Handelsgeschäft wird veräußert, verpachtet, in Nießbrauch gegeben, wird vom Gesetze als Exekutionsobjekt anerkannt. Schulden können jedoch nicht veräußert, nicht verpachtet werden, an Schulden kann kein Nießbrauch bestehen, auf Schulden kann keine Exekution geführt werden.[22]) Die herrschende Lehre gibt indirekt selbst zu, daß ihre Definition auf den Begriff des Handelsgeschäftes, wie er dem Art. 22 zu Grunde liegt, nicht paßt, denn fast übereinstimmend wird gelehrt, daß die Voraussetzung der Zulässigkeit der Fortführung der Firma nicht der Übergang aller aus dem Geschäftsbetriebe entstandenen Aktiven und Passiven bildet, sondern bloß der Übergang derjenigen Bestandteile des Handelsvermögens, die die Fortsetzung des Handelsbetriebes ermöglichen (Behrend § 37, Anm. 34; Bolze 6, Nr. 169; 8, Nr. 156; Randa I, S. 1134). Also versteht Art. 22 unter „Handelsgeschäft" weder den Inbegriff der mit dem Handelsbetriebe in Zusammenhang stehenden Aktiven und Passiven noch den Inbegriff der bloßen Aktiven.[23]) Unter Handelsgeschäft im Sinne des Art. 22 ist das Handelsunternehmen verstanden, die vorhandene Absatzgelegenheit oder die vorhandene Orga-

[22]) Näheres bei Binder, der Gegenstand, GZ. 59, S. 36; vergl. auch Lehmann, S. 104. Der herrschenden Lehre schließen sich die österreichischen Schriftsteller, die das Problem des „Unternehmens als Rechtsobjekt" behandeln, bei ihrer Definition des Unternehmens mehr oder weniger enge an; vergl. Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, S. 8; R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 8; Brunstein, Gewerbestörung durch Patentanmaßung, S. 5; ähnlich Schubert-Soldern, S. 416. Gegen die herrschende Theorie, Geller, ZBl. 1890, S. 608, 1906, S. 916 ff.

[23]) Noch deutlicher tritt dies im DHGB. hervor. Der Begriff des Handelsgeschäftes im § 22 ist offenbar derselbe wie im § 25. Dortselbst wird aber ein erfolgter Erwerb des Handelsgeschäftes vorausgesetzt, der den Erwerb der Geschäftsaktiven und die Übernahme der Geschäftspassiven an und für sich nicht zur Folge hat. (Vergl. statt aller Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 398 ff.)

Digitized by Google

nisation des Produktionsmittels. Das Handelsgeschäft ist mit dem Übergange eines dieser beiden Faktoren oder beider übergegangen. Der Übergang von Aktiven ist nur notwendig, wenn durch ihn der Übergang der Absatzgelegenheit oder der Organisation der Produktionsmittel bewirkt wird, z. B. die Übergabe des Eisenbahnkörpers behufs Bewirkung der Übergabe der Eisenbahnunternehmung. Grundsätzlich notwendig ist der Übergang bestimmter Aktiven nicht; bei manchen Handelsunternehmungen, z. B. einer Zeitung, einem Bankgeschäfte werden sich gar keine Sachgüter vorfinden (vergl. Simon, GZ. 24, S. 121; Stegemann S. 19; Geller, ZBl. 1889, S. 3; vergl. auch K. Adler, Die Grenzen der Firmenwahrheit, Neues Wr. Tagbl. v. 18. Juli 1906 und Herrmann-Otavský, Immaterialrechte und Gewerbebetrieb, Öst. PatBl. 1905, S. 348). Dies entspricht auch der vom Gesetzgeber mit der Bestimmung des Art. 22 verfolgten Absicht. Das Publikum soll nicht dadurch getäuscht werden, daß jemand sich einer bereits das allgemeine Vertrauen genießenden Firma bedient, ohne daß er die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Vertrauens erfüllt. Das Vertrauen der Geschäftsgläubiger, der Kredit, den ein Kaufmann bei seinen Lieferanten genießt, beruht auf dem Bewußtsein, daß der Kaufmann Gelegenheit haben wird, die angeschafften Waren mit Gewinn weiterzuveräußern; mit Recht wird daher auf die bloße Übertragung der Absatzgelegenheit die Übertragung der Chancen als eine genügende Voraussetzung für die Fortführung der Firma angesehen (Lehmann S. 113 Staub, 8. Aufl., Anm. 6 zu § 22). Das Vertrauen der Kunden wiederum beruht auf der Erkenntnis, daß die bei einem bestimmten Kaufmann vor sich gehende Produktion (dies Wort hier im weitesten Sinne genommen) eine geeignete ist; der Erwerber der Organisation der Produktionsmittel ist im stande, durch seine Person diese tatsächliche Grundlage des Vertrauens herzustellen.

β) **Ein bestehendes** Handelsgeschäft. Der Firmenübertragungsvertrag ist § 3.
ungültig, wenn der Veräußerer selbst kein Handelsgeschäft betrieben hat (Obertribunal in Busch, Archiv 20, S. 56, betreffend die Firma Johann Maria Farina; ROHG. 6, S. 246; vergl. auch RG. 3, S. 120; 25, S. 1; endlich auch RG. 9, S. 1, in welchem Falle jemand einen Vermögenskomplex anschaffte zu dem einzigen Zwecke, um diesen mit seinem Namen als Firma auf einen anderen zu veräußern) oder sein Handelsgeschäft bereits aufgegeben hatte (OGH. v. 17. Mai 1905, ZBl. 1905, 363). Über die Frage, ob und wann mit der Einstellung des Geschäftsbetriebes das Geschäft zu bestehen aufhört vergl. § 1 zu Art. 25. Bei AdlCl. 1209 (erste und zweite Instanz) wurde die Veräußerung der Firma einer in Liquidation befindlichen Handelsgesellschaft grundsätzlich als unzulässig erklärt worden, und zwar mit der irrigen Begründung, daß mit der Liquidation einer Handelsgesellschaft gleichzeitig auch die Gesellschaftsfirma erlösche (vergl. § 10 zu Art. 129).

Der Erwerbsakt kann Vertrag oder Erbgang[24]) sein, z. B. § 4.
Testament (RG. 9, S. 81, Fall des Vermächtnisses; AdlCl. 971,

[24]) Die Vererbung des Handelsgeschäftes richtet sich nach dem allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB., auch wenn zum Betriebe des betreffenden Gewerbes eine besondere Befugnis oder Konzession nötig ist. § 56, Abs. 4 GewO. gewährt auch in der durch das Ges. vom 5. Febr. 1907, RGBl. 26 festgestellten Fassung, der Witwe die Begünstigung zur Fort-

Digitized by Google

Fall der Universalerbschaft), nicht aber Ersitzung (RG. 25, S. 6; Burkhard, Privatrecht III, S. 134). Auch im Falle der Universalsukzession findet, was die künftig entstehenden Handelsschulden betrifft, keine Absonderung des ererbten Geschäftsvermögens vom übrigen Vermögen des Erben statt, auf Grund welcher der Erbe die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetriebe ablehnen könnte (AdlCl. 417). Der Erwerbsakt ist für den Übergang des Firmenrechtes nur dann wirksam, wenn der Veräußerer das Firmenrecht hatte, guter Glaube hilft nicht (RG. 25, S. 4). Wird das Geschäft auf Grund Pacht, Nießbrauches, oder eines ähnlichen Rechtsverhältnisses nicht gerade erworben, aber doch übernommen, so gilt dies für die Anwendung des Art. 22, Abs. 2 dem Erwerbe gleich (Canstein I, S. 224; Pollitzer S. 71; Randa I, S. 134; vergl. R. Pollak, Zwangsverpachtung, GZ. 1907, S. 86; jetzt ausgesprochen in § 22, Abs. 2 d. HGB.). Das Gegenteil nimmt nur scheinbar beim Nießbrauch AdlCl. 1876 an; anderer Meinung bei der Pacht Geller, ZBl. Bd. 8, Heft 12. Art. 22 läßt aber das zivilrechtliche Eigentumsverhältnis ganz unberücksichtigt und setzt bloß voraus, daß ein Wechsel in der Person des Inhabers der Firma eingetreten ist. Ein solcher tritt aber auch bei der Verpachtung eines Handelsgeschäftes ein (vergl. § 1 zu Art. 25 und § 1 zu Art. 4). Zur Frage der Verpachtung von Handelsgeschäften vergl. noch § 55 GewO., § 4 des Gesetzes v. 18. Dezember 1906, RGB. ex 1907, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Verpachtung von Apotheken), § 77 PersStG., und aus der Literatur: Schönewald, Über die Verpachtung von Handelsgeschäften (Hannover 1904), Möbius, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes (Borna-Leipzig 1905).

Die Person des Erwerbers ist im allgemeinen gleichgültig. Es kann daher auch eine o. HG. das Geschäft eines Einzelkaufmannes, ein Einzelkaufmann das Geschäft einer o. HG. mit der Firma kaufen; es können zwei Personen das Geschäft eines Einzelkaufmannes mit der Firma erwerben und das Geschäft mit Firma fortführen. Eine Grenze liegt jedoch dort, wo die Fortführung der Firma zu direkten Täuschungen führen würde. Hierüber und über den Erwerb der Firma von Aktiengesellschaften usw. siehe unten § 7.

§ 5. b) **Die ausdrückliche Zustimmung des Geschäftsinhabers**, bezw. der Geschäftsinhaber, wenn es mehrere sind, oder deren Erben oder etwaiger Miterben. Der Vorgang ist nicht als Veräußerung eines Vermögensobjektes zu denken, als welches die Firma nicht zu betrachten ist, sondern als Bewilligung einer Namensführung (RG. v. 2. April 1894 in JW. S. 317); daher kann nach der herrschenden Ansicht diese Bewilligung

---

führung eines an eine besondere Befähigung oder Konzession gebundenen Gewerbes nur unter der Voraussetzung, daß sie Erbin des Unternehmens ist. Eine Abweichung von den zivilen Bestimmungen des Erbrechtes hätte deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Der BGH. hat bisher das Gegenteil angenommen (vergl. die im 1. Bande [1. Abt.] der Manzschen Gesetzesausgabe mitgeteilten E.). Auch auf der Nürnberger Konferenz bestand diese Ansicht (vergl. P. 39) ohne übrigens im Gesetze Ausdruck gefunden zu haben. Dagegen bestimmt § 16 des Ges. vom 18. Dez. 1906, RGBl. 5 ex 1907: „Geht jedoch eine solche Apotheke nach dem Tode des Konzessionsinhabers im Erbwege auf die Witwe oder auf eheliche Deszendenten desselben über . . .".

Digitized by Google

im Konkurse des Kaufmannes nicht der Masseverwalter, sondern nur der Gemeinschuldner erteilen (RG. 9, S. 106; weitere Mitteilungen aus Literatur und Judikatur bei Opet S. 116; a. M. Binder, Rechtsstellung des Erben I, S. 31; Kohler in Iherings Jahrb. 18, S. 265). Im Falle des Konkurses müssen also der Masseverwalter und der Gemeinschuldner bei der Veräußerung zusammenwirken, jener kann nur das Geschäft, dieser nur die Firma veräußern (vergl. Bolze 6, Nr. 169; Canstein I, S. 223).[25]) In AdlEl. 1171 ist die Frage, ob bei der Veräußerung des Handelsgeschäftes samt Firma im Konkurse Kridar und Masseverwalter zusammenwirken müssen, offen gelassen. Sofern bei der Veräußerung eines Geschäftes im Konkurse die Zustimmung des Kridatars zur Fortführung der Firma nötig ist, muß auch der Verpflichtete im Falle einer Zwangsverpachtung zustimmen, wenn der Pächter die Firma fortführen will; dasselbe gilt bei der exekutiven Veräußerung eines Geschäftes, wenn man eine solche — wie es in der Praxis jetzt häufig geschieht; vergl. Ohmeyer, GZ. 1906, Nr. 48 — für zulässig hält. Die herrschende Meinung kann aber nur mit der Einschränkung gebilligt werden, daß die Firma den bürgerlichen Namen des Kridatars oder Verpflichteten enthält. Andernfalls fehlt jedes gerechte Interesse des Kridatars oder Verpflichteten an einer Verweigerung seiner Zustimmung zur Fortführung der Führung, ohne die die Verwertung des Geschäftes oft ausgeschlossen[26]) (so schon Keyßner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft, S. 11; dagegen Randal, S. 134). R. Pollak (Konkursrecht, S. 294) hält die Veräußerung des Handelsgeschäftes samt Firma im Konkurse, sofern letzterer nicht durch Zwangsausgleich oder Vergleich beendet wird, überhaupt für unzulässig. Pollak stützt seine Ansicht einmal auf die Bestimmung des § 246, lit. a KO., daß der Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkurses vorläufig Handelsgeschäfte nur unter einer aus seinem vollen Namen und Vornamen bestehenden Firma betreiben darf, und leitet aus dieser Gesetzesstelle gleichzeitig den Satz ab, daß eine andere Firma des Gemeinschuldners überhaupt verschwinden, daher auch nicht übertragen werden solle. Das Gesetz verbietet aber bloß dem Gemeinschuldner, eine andere Firma weiterzuführen, die nicht in seinem vollen Namen besteht, spricht aber mit keinem Worte davon, daß eine solche Firma für das Geschäft des Kridars nicht ein anderer führen dürfe; auch die ratio legis rechtfertigt nicht eine derartige ausdehnende Auslegung. Weiters beruft sich Pollak darauf, daß eine Handelsgesellschaft durch die Konkurseröffnung aufgelöst werde, daher ihre Firma nicht übertragen werden könne. Diese Ansicht, die auch in AdlEl. 1209 zum Ausdrucke gebracht wird, beruht jedoch auf der irrigen Voraussetzung, daß die Auflösung der Handelsgesellschaft durch Konkurs (Art. 123, Z. 3) eine Auflösung in technischem Sinne sei, daher auch die Erlöschung der Firma zur Folge habe (vergl. § 1 zu Art. 123; § 10 zu Art. 129;

[25]) Auch bei juristischen Personen kann der Masseverwalter und Liquidator die Firma nicht veräußern. Das Erfordernis der nötigen Zustimmung des Geschäftsinhabers wird hier in der Weise erzielt, daß dasjenige Organ, welches die Gesamtheit der Mitglieder der juristischen Person vertritt, seine Zustimmung gibt.

[26]) Bei der Zwangsverwaltung eines Handelsgeschäftes kann die erwähnte Frage nicht auftauchen, denn der Verpflichtete, dessen Geschäft in Zwangsverwaltung gezogen wird, bleibt Kaufmann (§ 6 zu Art. 4) und im Handelsregister wird lediglich die Zwangsverwaltung und der Name des Verwalters angemerkt (§ 342 EO.).

Digitized by Google

Lastig, Auflösung kaufmännischer Gesellschaften, S. 45). Ohne Grund beruft sich hier Pollak (Note 13) auf unsere früheren Auflagen. Gegen das letzte Argument Pollaks, daß bei Veräußerung des Gesellschaftsgeschäftes samt Firma ein Gemeinschuldner ohne Namen vorhanden sei, mag darauf hingewiesen werden, daß Voraussetzung des Gesellschaftskonkurses das Bestehen eines gesellschaftlichen Sondergutes, nicht aber das Bestehen einer Gesellschaftsfirma ist (Frankl; AdlCl. 735). Auch der Liquidator als solcher kann die Firma nicht veräußern (vergl. § 17 zu Art. 137; zust. Opet a. a. O. S. 115). Aus dem Satze, daß zur Fortführung der Firma die Zustimmung des früheren Firmainhabers notwendig ist, folgt auch, daß die Firma als solche kein Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist (Olshausen a. a. O. S. 67; R. Pollak, Zivilpr., S. 37). Gemeint ist hiemit die Exekution auf die Firma zur Hereinbringung einer Geldforderung; nicht ausgeschlossen ist die Exekution auf Erteilung der Zustimmung zur Fortführung der Firma, wenn deren Inhaber sich zur Erteilung dieser Zustimmung verpflichtet hat; die Exekution erfolgt nach § 367 EO. (OGH. v. 9. Jänner 1906, ZBl. 1906, 268; vergl. auch AdlCl. 1923). Wenn das Geschäft durch Erbgang oder Vermächtnis übergeht, so ist zu unterscheiden: Keiner weiteren Zustimmung bedarf es, wenn nur ein Universalerbe vorhanden ist, dem das Geschäft zufällt, ebenso wenn das Geschäft mit Firma einer Person oder einzelnen Personen vermacht ist; denn in dieser letztwilligen Verordnung liegt die Zustimmung des bisherigen Geschäftsinhabers, nämlich des Erblassers. Wenn diese Fälle nicht vorliegen, so müssen alle Erben, auch diejenigen, denen das Geschäft nicht zufällt, in die Fortführung der Firma willigen (Allfeld S. 154; Randa S. 133). Die Witwe als solche braucht nicht zu konsentieren (P. 38). Zur ausdrücklichen Zustimmung gehören nicht etwa ausdrückliche Worte, sondern die für die ausdrücklichen Erklärungen überhaupt notwendigen Erfordernisse (ROHG. 10, S. 291). Darum ist auch der Entscheidung AdlCl. 2110, wo in der Vertragsklausel „die Änderung der Firma bleibt dem übernehmer überlassen", keine ausdrückliche Einwilligung zur Fortführung der bisherigen Firma erblickt wurde, nicht beizustimmen. Diese Entscheidung kommt mit der allgemeinen Auslegungsregel des § 914 ABGB., daß Verträge im Zweifel so ausgelegt werden müssen, daß sie von Wirksamkeit sind, in Widerspruch. Denn etwas anderes, als daß die Annahme der Firma des Veräußerers dem Erwerber freistehen sollte, konnten die Parteien mit der angeführten Vertragsbestimmung doch nicht bezwecken wollen, sonst wäre dieselbe inhaltslos (dagegen Randa I, S. 133).

§ 6. 2. **Die Wirkungen des Firmenüberganges** sind:

a) **Die Befugnis der Geschäftsführung unter der bisherigen Firma.**

α) **Die Befugnis.** Nur ein Recht, nicht eine Pflicht normiert das Gesetz. Der Gebrauch des eigenen Familiennamens als Firma ist dem Geschäfts- und Firmenerwerber nicht verwehrt. Zwar kann auch die Pflicht zur Führung der bisherigen Firma vertraglich stipuliert sein. Es ist dies nicht unzulässig und kann gute Gründe haben. Allein an der Innehaltung dieser Pflicht ist das öffentliche Interesse nicht beteiligt, nur der Veräußerer kann auf Erfüllung dieser Pflicht beharren, kein Dritter und nicht der Registerrichter (zust.

Digitized by Google

Opet, GZ. 49, S. 121). Es ist ferner anzunehmen, daß, wer nach dem Firmenerwerb zunächst seinen Familiennamen als Firma gebraucht hat, doch auf die erworbene Firma zurückgreifen kann (OLG. Dresden in GZ. 37, S. 530, 531). Das Gesagte gilt uneingeschränkt bloß für den Fall der Veräußerung des Handelsgeschäftes. Bei der Verpachtung muß angenommen werden, daß die dem Pächter erteilte Befugnis zur Fortführung der Firma auch eine entsprechende Verpflichtung mit sich ziehe. Der Verpächter, an dem ja das Geschäft nach Beendigung der Pachtzeit zurückfallen soll, hat ein Interesse, daß die Firma während der Pachtzeit fortgeführt wird. Geschieht dies nicht, so wird in vielen Fällen der Pächter seine Verpflichtung, das Geschäft in dem übernommenen Zustande zurückzustellen, verletzen (zust. Schönewald a. a. O. S. 24, aber nur de lege ferenda; noch weiter gehend Allfeld S. 186).

β) **Die Fortführung des Geschäftes unter der bisherigen Firma** ist der Inhalt der hier gesetzlich normierten Befugnis, nicht die Fortführung der Firma ohne Fortführung des Geschäftes. Der Erwerber kann daher nicht das Geschäft aufgeben und für ein neues die erworbene Firma führen (RG. 1, S. 261; Allfeld S. 153; Förtsch, Anm. 1 zu Art. 24; Cosack S. 75; OLG. Dresden in GZ. 37, S. 531; anders Canstein I, S. 223 und N. N. in GZ. 26, S. 1, und ihnen folgend unsere 1. bis 4. Auflage). Doch braucht das fortgeführte Geschäft nur im wesentlichen auf den alten Grundlagen zu beruhen. Völlige Identität ist keineswegs erforderlich, insbesondere bedingen quantitative Veränderungen, Erweiterungen und Verringerungen des Geschäftsbetriebes, sollten diese auch in Zulegung neuer Artikel oder in Abschaffung alter bestehen, nicht den Untergang des Firmenrechtes (OLG. Dresden in GZ. 37, S. 531, und RG. bei Links CCCXLI, wo auch ausgesprochen wurde, daß einzelne Geschäfte, wenn sie auch vom früheren Firmainhaber in seinem Geschäftsbetriebe nicht geschlossen wurden, jedenfalls unter der neuen Firma abgeschlossen werden können). Ja sogar eine völlige Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ist dann ohne Nachteil, wenn sie allmählich erfolgt und die Kontinuität nicht unterbrochen ist (Cosack S. 75; RG. in ZBl. 1901, S. 191). § 7.

b) **Die Fortführung der Firma kann unverändert oder mit Nachfolgerzusatz geschehen.** Ein sehr gebräuchlicher Nachfolgerzusatz ist das Wort „Nachfolger". Puchelt, Anm. 4, hielt diesen Zusatz nur dann für zulässig, wenn aus dem übrigen Inhalt der Firma hervorgeht, ob der Nachfolger ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft ist, da dieses Wort allein dies nicht erkennen lasse. Allein die Erkennbarkeit dieses Unterschiedes ist nur bei der ursprünglichen Firma in Art. 16 und 17 vorgeschrieben, bei der abgeleiteten Firma ist auf diese Erkenntlichkeit im vorliegenden Artikel grundsätzlich verzichtet. Förtsch a. a. O. hat die Puchelt'sche Ansicht aufgegeben. Andere als Nachfolgerzusätze sind nicht gestattet (LG. Hannover bei Johow 11, S. 393), und ohne die Zustimmung des Veräußerers darf der Erwerber solche oder andere Änderungen nicht vornehmen (LG. Frankfurt in GZ. 34, S. 567; Canstein I, S. 223; AdlCl. 1472; dagegen AdlCl. 2009: Aufnahme eines das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatzes bei Aufnahme eines Sozius in das Geschäft), aber auch nicht mit Zustimmung des Ver- § 8.

Digitized by Google

äußerers; das wäre die Wahl einer neuen Firma, die den Vorschriften über die ursprüngliche Firma entsprechen müßte (in diesem Sinne AdlEl. 497).

Das Fortführungsrecht der Firma hat seine Grenzen dort, wo diese Fortführung direkter Täuschung dienen würde. Aus diesem Grunde gelten Besonderheiten bei dem Übergange der Firma von und auf Aktiengesellschaften, obwohl im vorliegenden Artikel in dieser Hinsicht nichts Besonderes vorgeschrieben ist. Erwirbt ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft von einer Aktiengesellschaft ein Handelsgeschäft, so kann die Fortführung der Firma ohne diese Bezeichnung oder mit einem Nachfolgerzusatz unbedenklich erfolgen (RG. 15, S. 110). Gestattet ist auch die Fortführung einer übernommenen Firma unter Weglassung der in ihr enthaltenen Bezeichnung „Aktiengesellschaft" (Staub, 8. Aufl., Anm. 12 zu § 22). Ob die Fortführung der Firma auch mit der Bezeichnung Aktiengesellschaft und ohne Nachfolgerzusatz erfolgen kann, hat das Reichsgericht unentschieden gelassen. Für die Verneinung spricht die allgemeine Erwägung, daß, da eine Firma nicht den Zwecken direkter Täuschung dienstbar gemacht werden darf, es nicht zugelassen werden kann, daß die ausdrückliche Hervorhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses in einer Firma figuriert, wenn das Sachverhältnis anders liegt (zust. Allfeld, S. 153, Anm. 16; dagegen Canstein I, S. 223). Die umgekehrte Frage, ob eine bestehende Aktiengesellschaft die Firma eines Einzelkaufmannes oder einer Handelsgesellschaft erwerben oder fortführen kann, ist insofern zu bejahen, als es zulässig ist, daß die Aktiengesellschaft ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze hinzufügt oder die erworbene Firma (eventuell mit dem Zusatze Aktiengesellschaft) als einzige Firma annimmt; in beiden Fällen ist eine Änderung des Gesellschaftsstatutes nötig (Art. 209, Z. 1; AmtlS. 938). Unzulässig ist es aber, daß die Aktiengesellschaft neben ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma führt.[27]) Vereinigt sich das neu erworbene Geschäft mit dem bisherigen, so folgt die Vereinigung der Firmen schon aus anderweit entwickelten Gründen, die auch für den Einzelkaufmann gelten (vergl. § 1 zu Art. 15). Aber auch wenn das neu erworbene Geschäft getrennt betrieben wird, stehen der doppelten Firmenführung durch die Aktiengesellschaft die für diese geltenden Sonderbestimmungen entgegen (Art. 209, Z. 1, und 229), indem dieselben deutlich erkennen lassen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Aktiengesellschaft nur eine Firma haben darf. Es kann den Aktionären einer Aktiengesellschaft nicht überlassen bleiben, das Statut dahin zu ändern, daß die Gesellschaft zwei oder gar mit demselben Rechte hundert verschiedene Firmen führen soll (gleicher Ansicht Ring S. 184; AmtlS. 938; Kammergericht bei Johow 12, S. 22; OLG. München bei Holdheim 3, S. 35; dagegen Behrend § 34, Anm. 33; Opet, GZ. 49, S. 66; Scheuing, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften [Stuttgart 1905]). Diese Ausführungen gelten auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Vergl. hiezu auch § 5 GmbHG.

[27]) Aus § 21, Abs. 2 AReg. geht nur hervor, daß der Erwerb der Firma eines Einzelkaufmannes durch eine Aktiengesellschaft grundsätzlich für zulässig gehalten wird.

Digitized by Google

c) **Die Befugnis zur Weiterveräußerung der Firma** (im Prinzipe anerkannt in den Gründen des OGH. in ZBl. 1900, Nr. 208). Die Genehmigung der Fortführung ist, auch wenn nur die Person des Erwerbers als zur Fortführung berechtigt genannt ist, als erteilt anzusehen, solange das Geschäft auch in dritter Hand weiterbetrieben wird (Bolze 6, Nr. 170). Auch darf der Erwerber der Firma einen Sozius aufnehmen und das Gesellschaftsgeschäft unter der erworbenen Firma weiterführen (AdlCl. 2090). Auch darf er Zweigniederlassungen unter der Firma gründen und sie auch unter der erworbenen Firma zu selbständigen Geschäften erheben (zust. Kammergericht bei Johow 12, S. 15). Doch kann der Vertrag in allen diesen Hinsichten beschränktere Rechte im Auge haben (Kammergericht bei Johow 18, S. 26). So wird z. B., wenn ein Kaufmann unter Fortführung des Hauptgeschäftes mit Firma eine Zweigniederlassung mit Firma veräußert, hiemit dem Erwerber wohl nur das Recht gewährt sein, für dieses Geschäft die Firma zu führen. § 8 a.

d) **Endlich verliert der Veräußerer die Befugnis zur Führung der Firma.** Sollte dieselbe auch seinen bürgerlichen Namen tragen, so darf er doch denselben bei dem Betriebe eines neuen Geschäftes nicht benützen, vielmehr muß er dazu eine Firma wählen, welche sich von der veräußerten deutlich unterscheidet und auch dem sonstigen Inhalte des Veräußerungsvertrages entspricht (a. M. Herrmann-Otavský a. a. O., S. 348). Dies gilt auch im Falle der Veräußerung des Geschäftes im Konkurse und der Zwangsverpachtung, wenn nach dem oben bei § 5 Bemerkten die Zustimmung des Kridatars oder Verpflichteten zur Fortführung der Firma nicht nötig ist (vergl. R. Pollak, Zwangsverpachtung, GZ. 1907, S. 87). § 8 b.

Zusatz zu Art. 22. Die materiellen Grundsätze bei Veräußerung des Handelsgeschäftes. Der vorliegende Artikel gedenkt des Überganges eines Handelsgeschäftes nur als Voraussetzung für den Firmenübergang. Mit der materiellen Seite der Geschäftsveräußerung beschäftigt sich das HGB. ex professo nicht. Die Erörterung dieser praktisch wichtigen Rechtserscheinung ist in diesem Kommentar nicht zu umgehen und erfolgt passend an dieser Stelle. § 9.

1. **Der Umfang der Veräußerung eines Handelsgeschäftes.** Aus dem oben § 10 Gesagten ergibt sich, daß zur Veräußerung eines Handelsgeschäftes nicht notwendig der Übergang aller Aktiven und Passiven desselben gehört. Was von den Bestandteilen in concreto als veräußert gilt, darüber entscheidet allein der Veräußerungsvertrag. § 10.

Insbesondere gehen **die Passiva** nicht etwa als gesetzliche Folge der Geschäftsübernahme mit über.[28]) Diese Ausnahme ist trotz Thöls und Dernburgs Autorität, mit deren Ansicht AdlCl. 439 im Einklange steht, in den Gesetzen nicht begründet (vergl. K. Adler Arch. f. bürgerl. Recht, 3, S. 26). Doch wird man u. E. freilich den Willen der Parteien dahin auslegen müssen, daß alles das übergeht, was nicht ausgeschieden ist, also insbesondere auch die Passiva, wenn die Übernahme derselben nicht ausgeschlossen ist (zust. Cosack, S. 61, und Canstein I, S. 206). Die herrschende Ansicht aber nimmt auch dies nicht an (vergl. z. B. ROHG. bei Steg., Bd. 1, S. 381; Makower, Anm. 22 d; Simon in GZ. 24, S. 91). Jedenfalls kann aber der Übergang der Passiva in der Über-

[28]) Literatur: Horn, Schuldübernahme, GZ. 1902, Nr. 8 ff.

Digitized by Google

nahme des „Geschäftes" liegen (Bolze 13, Nr. 426), und nach Bolze 17, Nr. 318, liegt sie im Zweifel in der Übernahme des Geschäftes mit unveränderter Firma, sowie darin, daß die Handlungsbücher ohneweiters weitergeführt werden. Sind die Passiva übernommen, so gehören zu den übernommenen Verbindlichkeiten alle Geschäftsschulden, das heißt alle diejenigen Verpflichtungen, welche zu dem Geschäftsbetriebe in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge des Geschäftsbetriebes erscheinen (Bolze 16, Nr. 315). Es gehören dazu nicht die sogenannten Privatschulden (ROHG. 8, S. 41), z. B. nicht die Illatenforderung der Ehefrau, die Geschäftsschulden aber nicht bloß, wenn sie fällig, sondern auch wenn sie bedingt oder betagt sind oder aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen herrühren (ROHG. 8, S. 385; Bolze 16, Nr. 316). Auch gehören zu den Geschäftsschulden nicht bloß Schulden aus Handelsgeschäften, sondern z. B. auch die Ladenmiete (Bolze 16, Nr. 316), auch die Hypotheken des miterworbenen Geschäftsgrundstückes; ferner nicht bloß Kontraktschulden, sondern auch Deliktschulden, wenn es solche außerkontraktliche Verletzungen sind, welche aus dem Geschäftsbetriebe herrühren (RG. 15, S. 54 und S. 121), z. B. Schadenersatz aus Patentverletzung oder aus § 46 GewO. Auch ist es nicht richtig formuliert, wenn Adler (a. a. O. S. 22) sagt, der Unternehmer hafte für diejenigen geschäftlichen Schulden, die er kannte oder als ordentlicher Kaufmann hätte kennen müssen. Nicht die Frage nach der Sorgfalt des Übernehmers bei der Geschäftsübernahme, sondern der Rechtsakt der Übernahme einerseits und die Zugehörigkeit zu den Rechtsbeziehungen des übernommenen Geschäftes andrerseits sind maßgebend für die Haftung. Nach Adlers Ansicht würden solche Ansprüche, die zur Zeit der Übernahme noch nicht durch irgendwelche Geltendmachung in die Erscheinung getreten waren, aber schon bestanden, wie dies bei Schadenersatz-, Minderungs-, Kondiktionsansprüchen leicht der Fall sein kann, ohne inneren Grund von der Übernahme ausgeschlossen sein. Auf den Gegenstand der Verpflichtung kommt es nicht an, ob es Geld oder Sachen, bestimmte oder fungible Sachen sind, deren Leistung oder Lieferung geschuldet wird, bis auf Verpflichtungen, die in dem Sinne höchst persönlich sind, daß ihr wirtschaftlicher Wert in der Leistung durch die bestimmte Person liegt, wozu jedoch die Rechnungslegungspflicht nicht gehört. Diese geht daher mit den Passiven auf den Übernehmer mit über und verbleibt außerdem beim Veräußerer. Weder der eine noch der andere kann sich durch Schwierigkeiten oder gar Unmöglichkeit der Rechnungsstellung von der Pflicht befreien (vergl. Bolze 6, Nr. 420). Übernimmt ein Geschäftsübernehmer (oder einer von mehreren Sozien) die Passiva des Geschäftes und somit also die Verpflichtung, den Gegenkontrahenten von seinen Geschäftsverbindlichkeiten zu befreien, und überträgt er dann selbst das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen dritten Erwerber, so ist auch jene Befreiungspflicht eine auf diesen Erwerber mit übergehende Geschäftsschuld. In rechtlicher Hinsicht ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Passivenübernahme inter partes als eine unvollständige Assignation (§ 1402 ABGB.) anzusehen.

Was die **Aktiva** betrifft, so sind alle diejenigen mitverkauft, die nicht besonders ausgenommen sind (z. B. auch ein Zweiggeschäft; RG. v. 7. Nov. 1891 in JW. S. 572). Insbesondere muß von den **außenstehenden Forderungen** angenommen werden, daß sie übergehen, wenn ihre Ausscheidung nicht vereinbart ist (anders ROHG. 2, S. 151), aber

Digitized by Google

auch hier sind es nur geschäftliche Forderungen, nicht Privatforderungen, die übergehen, z. B. nichtprivate Gefälligkeitsdarlehen an Verwandte, Ansprüche auf Rückgabe von verliehenen Lesebüchern, die Geschäftsforderungen aber ohne Rücksicht darauf, ob sie auf Kontrakt beruhen, z. B. auch der Anspruch aus Patentverletzung, Eingriffen in das Urheberrecht, Veruntreuung (vergl. ROHG. 1, S. 37), ferner auch Forderungen der Gesellschaft, an die Gesellschafter, z. B. auf Rückgewähr zu viel entnommenen Gehaltes (Bolze 11, Nr. 380), nicht aber bloße Aufträge, auch wenn sie nach Art. 323 angenommen sind, denn erst durch die Ausführung des Mandates entsteht ein Anspruch des Mandanten (Bolze 9, Nr. 333). Mit der Veräußerung eines Handelsgeschäftes übergeht von Rechts wegen das an dem Unternehmen klebende Markenrecht auf den Erwerber (§ 9 MarkG.). Nur muß derselbe bei sonstiger Erlöschung des Markenrechtes innerhalb drei Monaten die Umschreibung der Marke auf seinen Namen im Markenregister veranlassen (§ 20 MarkG.). Dies ist auch notwendig, wenn die Marke zu Gunsten einer Firma registriert ist und der Erwerber des markenberechtigten Unternehmens diese Firma unverändert fortführt (HME. v. 19. Sept. 1901, Z. 32.343, im 4. Bd. [2. Abtg.] der Manzschen Gesetzesausgabe nach § 9 MarkG.; Budwinski 11.639, 12.591; dagegen Geller ZBl., Bd. 8, S. 615). Über die Frage nach dem Übergange der einem Geschäftsmanne verliehenen Berechtigung zur Führung des kaiserlichen Adlers (§ 5 8, GewO.), der Bezeichnung „k. k. privilegiert" und ähnlicher Bezeichnungen auf den Geschäftserwerber vergl. Komorzynski, Die Berechtigung zur Führung der Bezeichnung „k. k. privilegiert" und des kaiserlichen Adlers, JBl. 1902, N. 22 ff.

Die **Handelsbücher** anlangend, so gehen sie mit über, soweit sie zur Fortsetzung der geschäftlichen Beziehungen notwendig sind, also zunächst immer, wenn Aktiva und Passiva mit übernommen werden (ROHG. 19, S. 419), im übrigen dann und insoweit, als der Erwerber sie zu seiner Information gebraucht. Dabei ist aber hervorzuheben, daß der Übernehmer, auch wenn er Aktiva und Passiva nicht übernimmt, dennoch die wesentlichsten Handelsbücher nicht entbehren können wird, um die Beziehungen des Geschäftes fortzusetzen, um sich über die Kunden und die Gläubiger, die Abnehmer und Lieferanten, ihre Namen und Adressen, ihre Bonität und ihr Geschäftsgebaren auf dem Laufenden zu erhalten und danach zu beurteilen, wie der Geschäftsverkehr mit ihnen weiter zu pflegen ist (vergl. ROHG. 7, S. 74). Ein bloßes Kunden- oder Gläubigerverzeichnis wird hiezu regelmäßig nicht genügen. Die Gefahr, auf welche Simon in GZ. 24, S. 122, hinweist, daß der Erwerber hiedurch mit seiner gesetzlichen Aufbewahrungspflicht in Konflikt geraten könne (Art. 33), dürfte in einem Falle nicht vorhanden sein, wo der Kaufmann seine Handlungsbücher seinem Geschäftsnachfolger überläßt, der selbst das erheblichste Interesse an der Verwahrung der Bücher hat; darin würde wohl keine schuldhafte Verletzung der Aufbewahrungspflicht liegen.

2. **Die Wirkung der Veräußerung** ist, daß das Geschäft übergeben, das heißt **§ 12.** der Erwerber in die Lage gesetzt werden muß, dasselbe fortzuführen; die Mobilien müssen tradiert, die Grundstücke aufgelassen, etwaige Patente umgeschrieben werden (§ 45 PatG.; bezüglich der Marken siehe oben § 10), und hinsichtlich der geschäftlichen Chancen muß der Erwerber in die Lage versetzt werden, sie ungehindert, insbesondere ohne Störung durch den bisherigen Geschäftsinhaber, auszubeuten. Häufig werden hiebei Kon-

Digitized by Google

kurrenzverbote vereinbart, auf welche die in § 2 zu Art. 59 entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden sind. Hinsichtlich der Forderungen liegt in dem generellen Geschäftsübergange mit Aktiven eine genügende Abtretung (ROHG. Bd. 2, S. 155; Bolze 1, Nr. 312), in Zirkularen, welche von beiden Teilen unterschrieben und an die Schuldner versandt werden, eine genügende Denunziation (RG. in JW. 1890, S. 375). Die Haftung des Veräußerers für die Aktiva richtet sich nach den Landesgesetzen (vergl. § 1397 ABGB.). Hinsichtlich der übernommenen Passiva hat der Übernehmer die Befreiungspflicht, jedoch nur derart, daß er dafür einsteht, daß der Veräußerer nicht mehr in Anspruch genommen wird, nicht etwa so, daß er die Gläubiger zu veranlassen hat, den Veräußerer ausdrücklich aus der Verbindlichkeit zu entlassen (Behrend § 37, Anm. 18 a). Doch kann selbstverständlich das Gegenteil vereinbart werden oder als Wille der Parteien sich durch Auslegung ergeben.

§ 12. 3. **Das Verhältnis der Geschäftsgläubiger zum Übernehmer.**

a) Durch den Veräußerungsvertrag werden nur Rechte unter den Kontrahenten begründet. Werden hiebei die Passiva übernommen, so treten hiedurch allein die Gläubiger in kein direktes Verhältnis zum Übernehmer (dies ist gegen das ObTr. in Str. Arch., Bd. 70, S. 353, vom ROHG. wiederholt ausgeführt: Bd. 1, S. 66; Bd. 12, S. 159; Bd. 16, S. 272).

Das HGB. enthält nämlich keine Bestimmung, daß der Erwerber eines Handelsgeschäftes den Gläubigern für die Passiven seines Vorgängers haftet. Es wurde sogar auf der Konferenz die Aufnahme einer derartigen Bestimmung direkt abgelehnt (P. 1431 ff., 1439 bis 1441; Geller, ZBl., Bd. 8, S. 608). Auch Art. 113 HGB. kann hier nicht analog angewendet werden (AdlCl. 1984, 2105; AmtlS. 878, 944; OGH. v. 8. Juni 1905, ZBl. 1905, 245). Auch ein diesen Rechtssatz enthaltendes Gewohnheitsrecht läßt sich nicht nachweisen (RG. in ZBl. 1887, S. 508); auch ist in keiner der zahlreichen über diese Frage erflossenen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes eines solchen Gewohnheitsrechtes Erwähnung geschehen.

§ 13. b) Ob der Erwerber eines Handelsgeschäftes den Gläubigern direkt haftet, richtet sich daher lediglich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Auf Grund desselben wurde auf verschiedenem Wege versucht, eine Haftung des Übernehmers eines Handelsgeschäftes für die Passiven des Vorgängers rechtlich zu begründen.

α) Eine Gruppe von oberstgerichtlichen Entscheidungen (GlU. 1235, AdlCl. 724, 642), geht von der Auffassung aus, daß das Handelsgeschäft als eine Gesamtsache im Sinne des § 427 ABGB. anzusehen ist, und daß der Erwerber des Handelsgeschäftes daher in alle Passiven seines Vorgängers eintritt. In AdlCl. 642 wird aus dieser Auffassung sogar die Konsequenz gezogen, daß der Erwerber eines Handelsgeschäftes nur in seiner Eigenschaft als solcher, das heißt bloß mit den übernommenen Vermögensbestandteilen haftbar erklärt wurde. Aber ganz abgesehen davon, daß es unrichtig ist, daß ein Handelsgeschäft unter die Gesamtsachen des § 427 ABGB. (verb.: „Warenlager") fällt, muß der eben angeführten Ansicht entgegengehalten werden, daß § 427 ABGB. lediglich eine vereinfachte Form der Tradition, aber mit keinem Worte einen Übergang der Passiven

Digitized by Google

festsetzt (vergl. R. Pollak, Zwangsverwaltung, und AmtlS. 878, wo die Ansicht, daß die Passiven auf dem Handelsgeschäfte als solchem haften, ausdrücklich zurückgewiesen wurde). Zu bemerken ist übrigens, daß die eben bekämpfte Auffassung nicht bloß den Erwerb eines Handelsgeschäftes, sondern den Erwerb eines Handelsvermögens (vergl. § 2 zu diesem Art.) voraussetzt. Es besteht aber im österr. Rechte auch kein Rechtssatz, der bestimmt, daß der Erwerber eines Vermögens oder eines Sondervermögens die auf diesem Vermögen haftenden Schulden übernimmt.[29])

β) Geller (Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz, ZBl., Bd. 8, S. 607) sieht in der Übertragung eines Handelsgeschäftes eine Universalsukzession in das ein Sondervermögen darstellende Handelsvermögen, das ist in die Gesamtheit des durch die Firma bezeichneten Subjektes des Handelsgewerbes. Die Übernahme der Firma schließt sonach nach Geller die Nachfolge in alle dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnisse, Forderungen und Schulden des Handelsgewerbes in sich. Diese in den Einzelheiten außerordentlich geistreich entwickelte Ansicht beruht auf der irrigen Voraussetzung, daß die Handelsfirma mehr als der bloße Handelsname des Kaufmannes sei (vergl. § 3 zu Art. 15). Die Auffassung der Firma als eines besonderen Rechtssubjektes kann heute als überwunden angesehen werden (vergl. § 3 zu Art. 15).

Die beiden angeführten Konstruktionen setzen übrigens eine Vereinbarung über die Übernahme der Passiven inter partes nicht voraus. Die unter β) angeführte Konstruktion berücksichtigt aber bloß den Fall, daß mit dem Handelsgeschäfte gleichzeitig die Firma mit übertragen wird.

γ) Einen ganz anderen Weg schlägt zu dem gleichen Ziele der OGH. in Glll. 3741, AdlCl. 588 und 702 ein. Die Haftung des Übernehmers für die Passiven wird auf eine vollständige Assignation im Sinne des § 1401 ABGB. zurückgeführt. Der Assignationsvertrag zwischen Assignanten (Veräußerer) und Assignaten (Erwerber) wird in AdlCl. 588 schon in der bloßen Übernahme des Handelsgeschäftes erblickt (die gleiche Auffassung bei AdlCl. 439; vergl. Horn a. a. O., GZ. 1902, S. 93). Die Annahme der Assignation seitens des Assignatars (der Gläubiger) sehen alle drei Entscheidungen in der Anstellung der Klage gegen den Geschäftsübernehmer. Auch diese Konstruktion ist verfehlt, denn in der Klagestellung liegt nicht die Annahme eines Versprechens, sondern bereits die Geltendmachung des aus demselben erwachsenen Rechtes (so schon Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 152; ausführlicher bei

[29]) Vergl. allerdings § 95, Abs. 3 GmbHG. § 419 DBGB. bestimmt: „Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger . . . ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen die Übernahme geltend machen". Die herrschende Ansicht nimmt an, daß § 419 auf die Veräußerung des Geschäftes eines Einzelkaufmannes oder einer offenen Handelsgesellschaft nicht anwendbar sei, da hier nicht das ganze Vermögen (oder einer Quote) einer Person oder mehrerer Personen veräußert werde (vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 20 zu § 22). Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte, S. 398 ff.), wendet den § 419 auch auf das Handelsvermögen des Einzelkaufmannes an und nimmt auf Grund dieses Paragraphen beim Erwerb des Handelsvermögens im Gegensatze zu dem Erwerbe des Handelsgeschäftes eine an den Voraussetzungen des § 25 HGB. (vergl. unten § 14) unabhängige Haftung des Erwerbers an.

Digitized by Google

Ehrenzweig, Zweigliedrige Verträge, S. 60; vergl. auch Hasenöhrl I, S. 457; Randa I, S. 136, N. 14 b).

Diese Konstruktion setzt begrifflich eine Übernahme der Passiven inter partes — wenn auch bloß eine stillschweigende oder vermutete — dagegen nicht Mitübertragung der Firma voraus.

§ 14. b) Die Haftung des Geschäftsübernehmers für die Passiven des Vorgängers wird auf die Bestimmung des § 1019 ABGB. in Verbindung mit §§ 1402 und 1403 zurückgeführt. Diese Konstruktion, ist richtig, wenn deren Prämisse richtig ist, daß § 1019 ABGB. wirklich dem begünstigten Dritten auch ohne besondere Annahme ein Klagerecht gewährt (Literatur über diese Streitfrage bei Randa I, S. 136). Dies soll hier vorausgesetzt werden. Mit der Bestimmung des § 1019 ABGB. wird die Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftsschulden des Vorgängers in der zweiten Instanz bei AmtlS. 878, vom OGH. bei AmtlS. 944 begründet; vergl. auch schon Glu. 6355. Zahlreichere Vertreter hat diese Ansicht in der Theorie gefunden. So Hasenöhrl I, § 34, Note 47; Krainz-Ehrenzweig I, § 137, N. 12; Ofner, ZB. XVIII, S. 355; Kirchstetter zu § 1019, und de lege lata wohl auch Horn a. a. O., insbesondere Note 45; Randa I, S. 136).

Die ganze Konstruktion stützt sich hauptsächlich auf die in der Praxis wenig beachtete Tatsache, daß zwischen der Anweisung nach § 1403 ABGB., wenn der Assignatar der vom Assignaten gegenüber dem Assignanten angenommenen Anweisung noch nicht beigetreten ist, und dem Zahlungsmandate nach § 1019 ABGB. ein juristischer Unterschied nicht besteht (Krainz-Ehrenzweig, § 137, Note 12). Aus dieser unvollständigen Assignation erwirbt der Assignatar nach den Grundsätzen des § 1019 ein Klagerecht gegen den Assignaten; der Assignatar braucht daher die Assignation nicht anzunehmen, und es bedarf nicht der gekünstelten Konstruktion, daß in der Klageanstellung die Annahme seitens des Assignatars gelegen ist. Die bloße Benachrichtigung des Assignatars (der Geschäftsgläubiger) von der zwischen Geschäftsveräußerer und Erwerber über die Übernahme der Passiven durch letzteren getroffene Vereinbarung genügt. § 1019 setzt aber lediglich voraus, daß die Nachricht von dem erteilten Auftrage dem durch denselben begünstigten Dritten mit Willen eines der beiden Kontrahenten zugekommen ist; individuelle Verständigung des Dritten wird nicht verlangt (vergl. Glu. 7774). Die vereinbarte Passivenübernahme muß ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen kundgemacht werden. Als solche konkludente Handlungen können angesehen werden: Die Versendung von Zirkularien an eine so erhebliche Anzahl von Geschäftsgläubigern, daß sich auf den Willen des Übernehmers schließen läßt, die Geschäftsübernahme allen Geschäftsgläubigern bekannt zu machen, Anschlag an der Börse, Einrückung in die Zeitung, nach AmtlS. 944 auch die bloße Weiterführung des Geschäftes unter derselben Firma. Die Konkludenz dieser Handlungen muß im einzelnen Falle festgestellt werden; ein allgemeiner Rechtssatz, daß Weiterführung eines erworbenen Geschäftes unter derselben Firma Haftung des Geschäftserwerbes für die Passiven des Vorgängers begründet (so § 25, Abs. 1 d. HGB.), läßt sich für das österreichische Recht nicht

Digitized by Google

aufstellen (OGH. v. 8. Juni 1905, ZBl. 1905, 245). Weniger weit geht Randa (I, S. 136), er verlangt individuelle Verständigung der Geschäftsgläubiger von der Geschäfts- und Passivenübernahme, nimmt aber zu Gunsten der verständigten Geschäftsgläubiger eine Haftung des Geschäftserwerbers unabhängig von der Auslegung des § 1019 kraft Handelsgewohnheitsrechtes an.[30])

Begrifflich notwendig zur Begründung der Haftung des Geschäftsübernehmers für die Geschäftspassiven erscheint sohin einerseits, daß eine Passivenübernahme inter partes stattgefunden hat, andrerseits, daß dieselbe entweder allgemein kundgemacht oder dem einzelnen Gläubiger bekannt gegeben wurde. Die Passivenübernahme inter partes wird nicht fingiert, sondern wird durch die verschiedenen Kundgebungsakte lediglich zu Gunsten der Handelsgläubiger wirksam gemacht (AmtlS. 944, Randa I, S. 138).

c) Der Übernehmer eines Handelsgeschäftes, der für die Passiven seines Vorgängers den Handelsgläubigern direkt haftet, kann denselben alle Einreden entgegensetzen, welche dem Übergeber als ursprünglichem Schuldner zustanden. Er hat ja bloß jene Leistung versprochen, zu welcher ersterer verpflichtet war (Hasenöhrl II, S. 258; Krainz-Ehrenzweig, §§ 136, 137). Nur wird der Übernehmer, wenn er eine Forderung des Übergebers, die nicht zu dem übernommenen Vermögen gehört, zur Aufrechnung benützt, dem Übergeber verantwortlich, weil er hiedurch aus dessen Mitteln Zahlung leistet (Dernburg, Preußisches Privatrecht II, § 65). Selbstverständlich ist, daß der Übernehmer alle Einreden, die ihm gegenüber den Handelsgläubigern persönlich zustehen, diesen entgegensetzen kann. Auch kann der Übernehmer den Gläubigern gegenüber die Ungültigkeit des Übernahmsvertrages einwenden, aber nicht andere Einreden den Gläubigern entgegenhalten, die ihm aus seinem Verhältnisse zum Übergeber zustehen (Hasenöhrl II, S. 259; Krainz-Ehrenzweig, § 137, N. 28). Die noch weiter gehende Ansicht Horns (GZ. 1902, S. 99), daß selbst auf die Ungültigkeit des Übernahmsvertrages gegründete Einreden unzulässig sind, wird sich für das österreichische Recht kaum begründen lassen. **§ 15.**

d) In dem Verhältnisse des Übergebers zu den Geschäftsgläubigern tritt durch die kundgemachte Passivenübernahme noch keine Veränderung ein. Die Forderungen gegen den Übergeber bestehen mit allen Nebenrechten und Privilegien fort, es ist nur ein zweiter Schuldner hinzugekommen (Hasenöhrl II, S. 260); Übergeber und Übernehmer haften vorläufig solidarisch (Ofner, WZ. XVIII, S. 355). Daher sind die Gläubiger vorläufig nicht gehalten, sich zunächst an den Übernehmer (den Zahlungsmandatar) zu halten. Das Weitere richtet sich dann nach den für die Assignation geltenden Regeln. Hat der Gläubiger die in dem Zahlungsmandat zwischen Übergeber und Übernehmer liegende unvollständige Assignation angenommen, so kann er nicht mehr mit Umgehung des Assignaten (Übernehmers) die Forderung gegen den Übergeber (Assignanten) geltend machen. Erst hiedurch wird die Haftung des Übergebers zu einer subsidiären (§ 1406 ABGB.; Krainz-Ehren- **§ 16.**

[30]) Nach § 25, Abs. 3 HGB. haftet ohne Fortführung der Firma der Erwerber eines Handelsgeschäftes für die früheren Handelsschulden nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes „insbesondere, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist".

Digitized by Google

zweig, § 137, N. 30). Eine solche Annahme der Assignation liegt aber schon in der Annahme von Teilzahlungen oder Einklagung[31]) der Forderung gegen den Übernehmer (Hasenöhrl II, S. 261).

§ 17. e) Der frühere Schuldner (Übergeber) wird durch einen solchen Annahmeakt nur dann endgültig befreit, wenn in demselben eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung im Sinne des § 1407 ABGB. gelegen ist, den Übernehmer (Assignaten) als Alleinzahler anzunehmen. In der stillschweigenden Entgegennahme der Notifikation der Passivenübernahme und versuchten Einbringung der Schulden vom Übernehmer allein kann eine solche Erklärung nicht erblickt werden (GlU. 5192; vergl. auch GlU. 2674).

Artikel 23.

Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig.

§ 1. 1. Der Artikel schließt die selbständige Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft aus. Damit ist nur negativ gesagt, was Art. 22 positiv ausdrückt. Der vorliegende Artikel ist daher in gewissem Sinne nur eine Umkehrung des vorangehenden und bedarf keiner besonderen Erläuterung.

§ 2. 2. Rießer (in seiner Rezension unseres Werkes bei GZ. 42, S. 321) bemängelt diesen unseren Standpunkt unter Hinweis auf Thöl, Praxis des Handels- und Wechselrechtes, 1. Heft, Leipzig 1874. Thöls Ausführungen erscheinen aber nicht zutreffend. Er erblickt in Art. 22 nur den negativen Satz, daß der Übergang des Geschäftes den Erwerb der Firma nicht in sich schließt. Gegenüber diesem negativen Satze hat allerdings der eine andere Negative aussprechende Art. 23 eine selbständige Bedeutung. Von der herrschenden Ansicht wird aber diese Auslegung nicht gebilligt. Gleich uns sind Hahn (§ 5), Allfeld (S. 156, Abs. 3) und Randa (I, S. 133) u. a. m. der Ansicht, daß Art. 22 den positiven Satz enthält, daß eine Firma mit dem Geschäfte veräußert werden kann, und zwar nur mit dem Geschäfte. Nach dieser Auffassung enthält Art. 23 den gleichen Rechtssatz in negativer Fassung. Der Ansicht Thöls nähert sich bis zu einem gewissen Grade die von Geller (ZBl. 1890, S. 608 ff.) ausführlich begründete Ansicht, daß die Bestimmung des Gesetzes, nach der ohne Übertragung des Handelsgeschäftes die Übertragung der Firma unzulässig sei, nur einen falschen Lehrsatz enthalte, daß ein unter einer Firma betriebenes Handelsgeschäft eben nicht anders als durch Übertragung der Firma übertragen werden könne (vergl. hiezu Binder, Die Rechtsstellung des Erben, I, S. 38, N. 159: „Ist die Veräußerung der Firma ohne das Geschäft nicht zulässig, so ist die Veräußerung des Geschäftes ohne die Firma wertlos"). Der Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Der Verkehr lehrt uns, daß Geschäfte, die unter einer Firma betrieben werden, auch ohne diese übertragen werden. Geller, der richtig hervorhebt, daß das Handelsgeschäft nicht den Inbegriff der mit dem Handelsbetriebe in Zusammenhang stehenden Aktiven bildet, betont nur

[31]) Hierin liegt kein Widerspruch mit dem, was oben unter b γ) ausgeführt wurde; denn die Klage des Gläubigers hat hier nicht die Wirkung, daß sie das Recht des Gläubigers gegen den Übernehmer begründet, sondern daß sie die ursprünglich primäre Haftung des Übergebers zu einer subsidiären gestaltet.

Digitized by Google

das Moment der Absatzgelegenheit (von ihm nicht ganz zutreffend „Absatzbereitschaft" genannt) und legt auf das Moment der Organisation der Produktionsmittel — letztere kann gewiß unabhängig von der Firma übertragen werden — zu wenig Gewicht (vergl. § 2 zu Art. 22).

Artikel 24.[32])

Wenn in ein bestehendes Handelsgeschäft Jemand als Gesellschafter eintritt, oder wenn ein Gesellschafter zu einer Handelsgesellschaft neu hinzutritt oder aus einer solchen austritt, so kann, ungeachtet dieser Veränderung, die ursprüngliche Firma fortgeführt werden.

Jedoch ist beim Austreten eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung der Firma erforderlich, wenn sein Name in der Firma enthalten ist.

Einleitung.

Der Artikel behandelt, was K. Adler in der oben angeführten Abhandlung zuerst mit voller Deutlichkeit hervorgehoben hat, zwei verschiedene Tatbestände: 1. Die **Identität des Geschäftes** bei teilweisem Wechsel der Inhaber, 2. die **Identität einer Handelsgesellschaft** bei teilweisem Wechsel der Mitglieder.

1. **Die Voraussetzungen des Firmenüberganges.** § 1.

a) **Das Geschäft und nur dieses bleibt bestehen** und es tritt ein teilweiser Wechsel der Inhaber, der eine Änderung in ihrer rechtlichen Qualität veranlaßt, ein: Der Einzelkaufmann nimmt in sein Geschäft einen oder mehrere Gesellschafter auf, aus einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft tritt ein Gesellschafter oder aus einer aus mehreren Personen bestehenden Gesellschaft treten alle bis auf einen aus, der das Geschäft als Einzelkaufmann weiterführt. In allen diesen Fällen liegt eine teilweise Geschäftsveräußerung vor, zwar nicht des ganzen Geschäftes, aber einer Quote desselben an den neu eintretenden Gesellschafter oder an den zurückbleibenden. Daß in diesen Fällen eine Fortführung der alten Firma zulässig ist, ergibt sich schon aus Art. 22, dessen Voraussetzungen: ein bestehendes Geschäft (vergl. §§ 1 bis 3 zu Art. 22), und Fortführung desselben Geschäftes (§ 7 zu Art. 22) vorliegen; nur von einer Voraussetzung wird zum Teile abgesehen. Nach der sich auf beide erwähnten Tatbestände beziehenden Vorschrift des 2. Absatzes ist die Einwilligung des austretenden Gesellschafters zur Fortführung der Firma nicht unbedingt, sondern nur dann notwendig, wenn sein Name in der fortzuführenden Firma enthalten ist. Näheres über diese Einwilligung siehe unter § 3. Nach dem Gesagten ist daher der Rechtssatz, den der OGH. nach manchem Schwanken der Judikatur (vergl. einerseits AdlEl. 765, 883; OGH. v. 28. Nov. 1905, JBl. 1906, 7; andrerseits AdlEl. 516, 1934) unter Nr. 177 ins Judikatenbuch eintragen ließ (AmtlS. 961): daß Art. 24 auch dann Anwendung findet, wenn aus einer Gesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen ausgetreten sind, nur insofern richtig, als das gesellschaftliche Geschäft als solches von dem als Einzelkaufmann zurückbleibenden Gesellschafter weitergeführt wird.

---

[32]) Literatur: K. Adler, Die Grenzen der Firmenwahrheit (Neues Wiener Tagblatt v. 18. Juli 1906). Auf diese Abhandlung beruhen größtenteils die Erläuterungen zu Art. 24.

Digitized by Google

§ 2. b) **Das Geschäft bleibt nicht bestehen, aber die rechtliche Qualität des Inhabers bleibt unverändert.** Wenn in eine Gesellschaft Gesellschafter neu eintreten oder aus einer Gesellschaft Gesellschafter austreten, jedoch mehr als ein Gesellschafter, sohin noch eine Gesellschaft zurückbleibt, kann die alte Firma fortgeführt werden, auch wenn das Geschäft nicht mehr dasselbe bleibt, z. B. wenn der Betriebsgegenstand geändert wird, oder wenn die gedachten Veränderungen im Liquidationsstadium, zu einer Zeit, in der das gesellschaftliche Unternehmen als solches nicht mehr besteht (vergl. § 1 zu Art. 144) vor sich gehen. Die Identität des Geschäftes wird hier durch die Identität der Gesellschaft ersetzt. Die Zulässigkeit der Fortführung der alten Firma würde sich bereits daraus ergeben, daß die Firma der Gesellschaft zusteht und das HGB. die Identität der Gesellschaft trotz Wechsels einzelner Mitglieder anerkannt hat. Durch die Bestimmung des 2. Absatzes wird aber diese Konsequenz insofern durchbrochen, daß die Zulässigkeit der Fortführung der alten Firma bei Austreten eines Gesellschafters von dessen Zustimmung dann abhängig ist, wenn sein Name in der Firma enthalten ist. Unter Austreten eines Gesellschafters ist sowohl das freiwillige wie das erzwungene Ausscheiden (Art. 128) verstanden (ebenso § 24 d. HGB., verb. „Ausscheiden" statt „Austreten", vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 2 zu § 24).[33])

§ 3. c) **Ausdrückliche Zustimmung des austretenden Gesellschafters,** dessen Name in der Firma enthalten ist. Sie ist, wie erwähnt, in den beiden durch diesen Artikel geregelten Fällen notwendig und genügend. Über das Erfordernis der Ausdrücklichkeit siehe § 5 zu Art. 22; über den Begriff „austretender Gesellschafter" siehe oben § 2. An die Stelle des ausscheidenden Sozius treten im Falle seines Todes auch in dieser Hinsicht seine Erben (AdlCl. 290 und 1089). Jedoch ist diese Zustimmung nur erforderlich, wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma verbleibt (nicht schon bei bloßem Gleichklang der Namen, z. B. wenn sein gleichnamiger Vater es war, dessen Name in der Firma figurierte — AdlCl. 516; Em. Adler, WZ. 31, S. 23). Andernfalls ist den verbleibenden Gesellschaftern die Fortführung der Firma unbenommen (Bolze 13, Nr. 120). Sie ist also nicht als Gemeingut der Sozien zu betrachten. **Versagt** der ausscheidende Sozius die Zustimmung zur Fortführung seines Namens, so hat das zur Folge, daß die verbleibenden Gesellschafter diese Firma nicht fortführen können, auch nicht (RG. 5, S. 111) mit einem Nachfolgerzusatz. Sie brauchen aber darum nicht notwendig eine völlig neue zu wählen und dabei die Vorschriften über die Wahl neuer Firmen zu beachten. Das würde zwar dem starren Wortlaute des Gesetzes entsprechen, aber weit hinausgehen über die Absicht des Gesetzes: es würde zu unnötigen Härten und zur unnützen Zerstörung von Werten führen. Das Gesetz will nur die unveränderte Fortführung der Firma untersagen, wenn dadurch das Namensrecht des Ausscheidenden verletzt wird. Die Fortführung an sich mit der durch die Veränderung der Sach- und Rechtslage gebotenen Änderung der Firma zu unter-

[33]) In den unter a) erwähnten Falle kann diese Frage nicht praktisch werden, denn Art. 128 findet nur Anwendung, wenn mindestens zwei Personen zurückbleiben (vergl. Einleitung zu Art. 128).

Digitized by Google

sagen, lag dem Gesetzgeber fern (anders v. Hahn, Makower und Puchelt, übereinstimmend Allfeld und Keyßner). Gibt der Ausscheidende seine Zustimmung, so steht der Fortführung eines solchen Firmenteiles sicher nichts entgegen (Johow 14, S. 246).

2. **Die Wirkung des Firmenüberganges** ist das Recht, die Firma fortzuführen, § 4.
und zwar nur unverändert (AdlEl. 1472; LG. Frankfurt in GZ. 34, S. 567); doch kann — sofort oder später — ein Nachfolgerzusatz hinzugefügt werden, wenn dieser nicht etwa der Sachlage widerspricht (Johow 31, S. 31; vergl. auch RG. 5, S. 113). Siehe übrigens auch § 8 zu Art 22. Ob auch das Geschäft wesentlich unverändert fortgeführt werden muß, wenn seinen Inhabern das beneficium des vorliegenden Artikels zu teil werden soll, darüber siehe oben § 2, und ferner § 7 zu Art. 22.

Zusatz. Durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrage können die Be- § 5.
stimmungen dieses Artikels geändert werden (P. 31). Es kann durch sie die Zustimmung überflüssig, die Versagung wirkungslos gemacht oder umgekehrt ein Untersagungsrecht erzeugt und damit die sonst unnötige Zustimmung erforderlich gemacht werden (vergl. Bolze 7, Nr. 171).

Artikel 25.

Wenn die Firma geändert wird oder erlischt, oder wenn die Inhaber der Firma sich ändern, so ist dies nach den Bestimmungen des Art. 19 bei dem Handelsgerichte anzumelden.

Ist die Änderung oder das Erlöschen nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht, so kann derjenige, bei welchem jene Tatsachen eingetreten sind, dieselben einem Dritten nur insofern entgegensetzen, als er beweist, daß sie dem letzteren bekannt waren.

Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muß ein Dritter die Änderung oder das Erlöschen gegen sich gelten lassen, soferne nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er diese Tatsachen weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.

Der Artikel gibt **Vorschriften über Änderung und Löschung von Firmen und ihrer Inhaber**, und zwar sowohl in rechtspolizeilicher (Abs. 1), wie in materieller Hinsicht (Abs. 2 und 3). Einleitung.

1. (Abs. 1.) In **rechtspolizeilicher Hinsicht** ist vorgeschrieben, daß jede Ver- § 1.
änderung der Firma und der Inhaberschaft anzumelden ist. Eine Änderung in der Person des Firmainhabers muß notwendigerweise mit einer Änderung in der Inhaberschaft des Geschäftes verbunden sein (Art. 23), also entweder mit einer teilweisen Veräußerung des Geschäftes (Aufnahme eines Gesellschafters) oder einer gänzlichen Veräußerung des Geschäftes oder einer Verpachtung des Geschäftes; in letzterem Falle ist die Änderung in der Person des Inhabers der Firma anzumelden, wenn der Pächter die Firma des Verpächters weiterführt; nimmt der Pächter (oder Zwangspächter) eine neue Firma an, so hat der Verpächter die Erlöschung seiner Firma; der Pächter die Eintragung seiner Firma, anzumelden (AdlEl. 1773; OGH. v. 16. März 1904, JBl. 1904, 16; dagegen OGH. v. 14. Sept. 1902, NotZ. 1903, 16, und B. Mayer, S. 478). Erlöschen ist die Firma und das Firmenrecht eines Kaufmannes nicht, wenn er

Digitized by Google

das Geschäft an einem anderen Orte fortführen will (RG. 20, S. 167).[34]) In einem solchen Falle kann er die gleiche Firma am neuen Orte wählen, vorbehaltlich der Vorschrift des Art. 20 (vergl. § 2a zu Art. 20). Änderungen in der Gattung des Geschäftsbetriebes begründen keine Erlöschung des Firmenrechtes. Eine Verpflichtung zur Anmeldung dieser Änderung kann bei Einzelkaufleuten und offenen Handelsgesellschaften schon deshalb nicht angenommen werden, weil in diesen Fällen die Eintragung des Geschäftsbetriebes ins Handelsregister im Gesetze gar nicht vorgesehen ist (vergl. § 2a zu Art. 12); so auch AdlEl. 1367; B. Mayer, S. 456; dagegen AdlEl. 840, 873, 1097. Da im Abschnitt III, Punkt 4 der JMV. v. 10. Dez. 1901 ausdrücklich anerkannt ist, daß die Parteien zu Angaben über den Betriebsgegenstand nicht verhalten werden können, so liegt darin wohl auch die Anerkennung, daß eine gesetzliche Verpflichtung, die Veränderung des ins Register eingetragenen Betriebsgegenstandes anzumelden, nicht besteht. Das Firmenrecht ist erloschen, wenn das geschäftliche Unternehmen, das unter der Firma betrieben wurde, nicht mehr besteht, „wenn die geschäftliche Tätigkeit eingestellt ist, ohne daß die Absicht besteht, weiterhin Geschäfte zu betreiben"; so formuliert richtig B. Mayer, S. 459. Nur erscheint sein weiterer Beisatz „und alle Geschäftsverbindlichkeiten quoad vires getilgt, und die regulär fälligen Forderungen eingezogen sind" nicht zutreffend; das Zahlen von Schulden und das Einziehen von Forderungen stellt keinen Handelsbetrieb dar; die Firma aber ist der Name, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt (vergl. AdlEl. 1479). Zurücklegung des Gewerbescheines und Abmeldung bei der Steuerbehörde begründen nicht immer eine definitive Betriebseinstellung (vergl. B. Mayer, S. 460).[35]) Die Judikatur steht grundsätzlich auf unserem Standpunkte (vergl. AdlEl. 1329, 1368, 1469, 1479, 1899, 2197), nur wird der Unterschied zwischen vorübergehender und definitiver Einstellung nicht immer entsprechend auseinandergehalten. Auch die JMV. v. 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40, sagt im Abschnitte III, P. 8: Die Firma sei erloschen, „wenn der Geschäftsbetrieb eingestellt ist".

Die in der früheren Auflage und auch bei Staub, 8. Aufl., Anm. 3 zu § 31 ausgesprochene Ansicht, daß die Firma so lange fortbestehe, als die zur Fortführung des Geschäftes erforderlichen Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, müssen wir vom Standpunkte unserer in § 2 zu Art. 22 aufgestellten Begriffsbestimmung des Handelsgeschäftes bekämpfen. Das Vorhandensein irgend eines Geschäftsvermögens ist für den Bestand des Handelsgeschäftes und des Firmenrechtes nicht notwendig und andrerseits auch nicht genügend; nur ein Kaufmann kann eine Firma haben, wer aber kein Handelsgewerbe betreibt, ist kein Kaufmann, mag ihm auch das zu einem solchen Betriebe erforderliche Handelsvermögen zur Verfügung stehen. Bei Handelsgesellschaften gilt freilich etwas anderes; das Firmenrecht besteht während des ganzen Liquidationsstadiums, auch

[34]) Befindet sich der neue Sitz der Firma im Sprengel eines anderen Gerichtshofes erster Instanz, so muß die Firma zwar im alten Handelsregister gelöscht und ins neue übertragen werden; aber dies hat nur formale Bedeutung, materiellrechtlich liegt der Fall des Erlöschens einer Firma nicht vor. (Abschnitt III, Punkt 10 der im Texte angeführten JMV.)

[35]) Vergl. § 9 des mehrfach erwähnten Entwurfes zu einer Novelle über das Handelsregister, der bestimmt, daß im Falle Ruhen des Betriebes und Besteuerung des Inhabers mit der sogenannten Nichtbetriebsquote im Sinne des § 73 PersStG. die Firma nicht sofort zu löschen sei.

Digitized by Google

nach Einstellung des Gewerbebetriebes, wie aus Art. 139 hervorgeht. (Näheres bei § 10 zu Art. 129; § 1 zu Art. 144). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf den Einzelkaufmann ist nicht statthaft. Denn das Gesetz kennt trotz des Wortlautes des § 192 KO. keine Liquidation des Geschäftsvermögens eines Einzelkaufmannes, das eben auch rechtlich eine ganz andere Bedeutung hat als das Geschäftsvermögen einer Handelsgesellschaft.

Mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kaufmannes hört sein Geschäft und seine Firma nicht zu bestehen auf. Das Geschäft kann ja auf Rechnung der Konkursmasse fortgeführt werden (§ 142, Abs. 2 KO.; § 56 GewO.), es kann auch samt Firma vom Masseverwalter veräußert werden (§ 148 KO.; vergl. § 5 zu Art. 22). Erloschen ist das Firmenrecht erst dann, wenn infolge Einstellung des Geschäftsbetriebes weder eine Veräußerung des Geschäftes als solches zum Unterschied von der Veräußerung des Geschäftsvermögens, z. B. des Warenlagers, noch eine spätere Fortführung desselben Geschäftes durch den Kridatar möglich ist. Bei AblEl. 1329, 1899, wurde der Masseverwalter für legitimiert erachtet, die Eintragung der Erlöschung der Firma anzumelden. B. Mayer, S. 464, stimmt dieser Ansicht für den Fall zu, daß die Firma nicht im bürgerlichen Namen des Kridatars besteht. Unseres Erachtens ist in allen Fällen, in denen das Erlöschen des Firmenrechtes nach den obigen Ausführungen eingetreten und festgestellt ist, der Kridatar zur Bewirkung der Anmeldung der Löschung berechtigt und verpflichtet; die erloschene Firma bildet ja keinen Gegenstand der Konkursmasse. Es liegt also gar kein Grund vor, eine Vertretung des Kridatars in der Bewirkung der Anmeldung durch den Masseverwalter für zulässig oder notwendig zu halten. Eigenmächtig, also ohne daß die bereits erfolgte Erlöschung der Firma feststeht, kann der Kridatar nicht die Löschung seiner Firma veranlassen, ebensowenig wie ein Kaufmann, dessen Geschäft sich in Zwangsverwaltung befindet (Links 6912), weil es für den Registerrichter offenbar ist, daß der Kridatar oder der Verpflichtete nicht durch seine eigenen Entschließungen jenen tatsächlichen Zustand herbeiführen kann, den die Eintragung der Löschung der Firma zum Ausdrucke bringen soll (in den Gründen des angeführten Erkenntnisses heißt es ganz unzutreffend: Die Firma ist kein selbständiges persönliches Recht des Firmainhabers, sondern gehört zu dem betreffenden Handelsgeschäfte, dessen Schicksal sie teilt).

Über die Löschung der Firma von Aktiengesellschaften vergl. § 8 zu Art. 245.

Wird nach dem Tode des Geschäftsinhabers vor der Einantwortung das Geschäft auf Rechnung der Verlassenschaft fortgeführt (vergl. § 56 GewO.), sei es durch einen erbserklärten Erben, sei es durch einen bestellten Kurator, so muß dieses „Abhandlungsprovisorium" im Register eingetragen werden, was in der Praxis auch stets geschieht (vergl. ausführlich B. Mayer, S. 471 ff.). Das Publikum muß aus dem Register ersehen können, wer zu Rechtshandlungen im Betriebe des fortgeführten Geschäftes ermächtigt ist, und wer für diese Rechtshandlungen haftet. Über die Frage, ob die aus dem Betriebe des Geschäftes des Erblassers vor der Einantwortung erwachsenen Verbindlichkeiten, Nachlaßverbindlichkeiten oder Verbindlichkeiten des Erben sind, vergl. Harpner, JBl. 1889, Nr. 9; Weishut, GH. 1889, Nr. 20, 21; Ofner, GH. 1889, Nr. 25. Die erst-

Digitized by Google

erwähnte Ansicht ist die richtige; auch wenn der Erbe vor der Einantwortung das Geschäft mit gerichtlicher Genehmigung betreibt, so betreibt er es nur als Verwalter; aus den durch den gewöhnlichen Betrieb des Geschäftes entstandenen Verbindlichkeiten entsteht nur eine Schuld des Nachlasses, keine persönliche Verpflichtung des Erben.

§ 2. 2. **In materieller Hinsicht** schreibt das Gesetz in Abs. 2 und 3 vor, welche rechtlichen Folgen die nicht erfolgte und die erfolgte Eintragung und Publikation der Veränderung und Löschung im Verhältnis zu Dritten hat.

a) (Abs. 2.) **Die nicht erfolgte Eintragung und Publikation einer Änderung oder Löschung** hat auf den Bestand des Rechtsverhältnisses selbst keinen Einfluß. Wer keine Handelsgeschäfte mehr betreibt, hört auf Kaufmann zu sein, auch wenn seine Firma noch nicht gelöscht ist. Aber er muß das Registrierte gegen sich gelten lassen, als entspräche es der Sachlage, außer wenn er beweist, daß derjenige, der es geltend macht, das Gegenteil gewußt hat, wogegen die Behauptung, der Dritte habe das Gegenteil wissen sollen, hier nicht genügt (P. 926, 928, 930). In AblEl. 963 wurde sogar die Anbringung der geänderten Firma auf dem Ladenschilde als nicht genügend bezeichnet. Registrierung und Publizierung begründet hienach eine durch Gegenbeweis zu entkräftende Vermutung (Blaschke-Pitreich, S. 42), welche nach § 270 ZPO. aufrechterhalten ist. Unerheblich ist es für die Anwendbarkeit des Art. 25, ob die einzutragende Tatsache für das Verhalten des Dritten bestimmend war oder nicht (vergl. V. Mayer a. a. O., S. 325 und die dort angeführte Literatur).

Infolge dieses Grundsatzes gilt auch derjenige, der sein Geschäft auf Zeit verpachtet hat, nach wie vor als Inhaber desselben und haftet für die vom Pächter eingegangenen Verbindlichkeiten, wenn der zeitweilige Inhaberwechsel nicht eingetragen wurde (ROHG. 21, S. 305; V. Mayer, S. 478), wie überhaupt derjenige, der zuläßt, daß das Gewerbe in seinem Namen betrieben wird, für die solchergestalt entstandenen Verbindlichkeit haftet, und zwar, soweit es sich um Vertragsverbindlichkeiten handelt, ex contractu (RG. 12, S. 10; 15, S. 36; 19, S. 197; Bolze 17, Nr. 516; Kammergericht bei Perl und Wreschner 1891, S. 94); von der gleichen Ansicht geht auch die Praxis des Obersten Gerichtshofes aus, vergl. AblEl. 2008, 1843; OGH. v. 27. März 1903, RZ. 1903, 4, und hiezu Einleitung [h] zu Art. 47.

Zu beachten ist hiebei, daß das Gleiche auch dann gilt, wenn die Firma nicht eingetragen war.[36]) Es bleibt daher, um jener Präsumtion ein Ziel zu setzen, nichts übrig, als die Firma nachträglich eintragen und alsdann löschen zu lassen[37]) (ROHG. 23, S. 227; RG. 15, S. 33; Bolze 2, Nr. 343; 9, Nr. 109; Kammergericht in GZ. 42, S. 508; Wiener in Busch, Archiv 38, S. 1 ff.; Behrend § 39,

[36]) Eine ähnliche Frage ist in § 7 zu Art. 10 behandelt. Doch sind die beiden Materien in Wirklichkeit verschieden. Jene Bemerkung bezieht sich auf Minderkaufleute, die hier gemachten, auf Vollkaufleute. Auf erstere finden ähnliche Grundsätze, auf die nicht eingetragenen Firmen der Vollkaufleute dagegen Art. 25 direkte Anwendung.

[37]) Der hier berührte Ausweg, die Firma nachträglich eintragen und sofort wieder löschen zu lassen, ist nicht gebräuchlich und dürfte in vielen Fällen daran scheitern, daß die Registerrichter oft Personen, welche nach dem Gesetze Vollkaufleute sind, das Handelsregister verschließen, wenn ihr Betrieb nicht einen gewissen Umfang erreicht. (Vergl. 1. Zusatz zu Art. 10.)

Digitized by Google

Anm. 55; Hahn S. 130; Allfeld S. 92). Dem gegenüber führen Wulff (in GZ. 42, S. 1) und B. Mayer (a. a. O., S. 327) aus, daß sich Abs. 2 auf nicht eingetragene Firmen nicht bezieht. Allein der Wortlaut des Gesetzes spricht für die herrschende Ansicht („wenn die Firma geändert wird", nicht „wenn die eingetragene Firma geändert wird"). Auch ist das legislatorische Bedürfnis und der juristische Grund der Vorschrift in beiden Fällen gleich; denn auch der Gebrauch der Firma im Handelsverkehre bewirkt Notorietät, die solange wirkt, bis sie durch anderweite Notorietät beseitigt wird. Die Entstehungsgeschichte endlich, welche nach Wulff seine Ansicht rechtfertigen soll, zeigt, daß die gesetzgebenden Faktoren in dieser Materie nicht zielbewußt waren, was auch B. Mayer zugibt.

b) (Abs. 3.) **Die erfolgte Eintragung und Publikation** wirkt gegen jeden § 3.
Dritten, sofern nicht Umstände vorliegen, welche die Annahme des Kennens oder Kennensollens ausschließen. Über die Bedeutung der Worte „kennen müssen", vergl. B. Mayer a. a. O., S. 321, der mit Recht den Satz aufstellt: „Wer mit einem Kaufmann in Geschäftsbeziehungen steht oder tritt, ist verpflichtet, eine Zeitung einzusehen, in welcher die Registereinträge veröffentlicht werden." Der Ausdruck ist hier mit Absicht so gewählt, daß er die Frage nach der Beweislast nicht entscheiden sollte (P. 927—932). Auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze fällt aber die Beweislast[38]) dem Dritten zu, der die Nichtkenntnis vorschützt, nämlich nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, welchen der erste Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches in § 194 zum Gesetz erheben wollte: Wer die rechtliche Wirksamkeit eines Tatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Tatsachen verneint, hat diese besonderen Tatsachen zu beweisen. Vergl. Fitting in Busch, Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß, Bd. 13, S. 48; Wehli, Beweislast, S. 26; zust. Thöl und Endemann; desgleichen Bolze 13, Nr. 121; Allfeld S. 94; im Ergebnis zust. B. Mayer, S. 330 ff.; anders Makower, Wendt in Endemanns Handbuch, v. Hahn. Übrigens ist die Streitfrage ohne erheblichen praktischen Belang, weil Umstände, die das Kennenmüssen ausschließen, selten vorhanden sein werden. Denn der Dritte hat, wie der Ausdruck „wissen müssen" ergibt, die gesetzliche Erkundigungspflicht, und daß er trotz sorgsamer Erkundigung die publizierte Tatsache nicht erfahren konnte, wird er kaum beweisen können. Der Dritte muß entschuldbare Unkenntnis nachweisen (B. Mayer S. 336).

Zusatz 1. Besteht eine Zweigniederlassung, so ist für die Interessenten § 4.
der Zweigniederlassung, das sind die Personen, die bloß in Geschäftsverbindung mit der Zweigniederlassung stehen, deren Registerstand maßgebend, es mögen die Firmen der Zweigniederlassung und der Hauptniederlassung identisch oder verschieden sein (so B. Mayer, S. 532 ff., und jetzt § 15, Abs. 3 d. HGB.; vergl. auch Denzler a. a. O., S. 183). Dagegen bestimmt für Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 60, Abs. 4 GmbHG.: „Rechtswirkungen, die an eine Eintragung im Handelsregister geknüpft sind, treten, wenn die Eintragung sowohl im Handelsregister der Hauptniederlassung

[38]) Vergl. die Ausführungen „über Fragen der Beweislast" bei Staub, 6. Aufl., S. 12—28.

Digitized by Google

als in jenem der Zweigniederlassung zu erfolgen hat, mit der Eintragung in das Handelsregister der Hauptniederlassung ein."[39])

§ 5. Zusatz 2. Die Pflicht zur Löschung kann auch auf Vertrag beruhen und vom berechtigten Gegenkontrahenten durch Klage erzwungen werden (Bolze 7, Nr. 171).

Artikel 26.

Das Handelsgericht hat die Beteiligten zur Befolgung der Vorschriften der Art. 19, 21 und 25 von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

In gleicher Weise hat es gegen diejenigen einzuschreiten, welche sich einer nach den Vorschriften dieses Titels ihnen nicht zustehenden Firma bedienen.

§ 1. Der Artikel handelt von den Rechten und Pflichten des Registerrichters zum Zwecke der Befolgung der Registrierungsvorschriften. Dieselben bestehen in der Androhung und Festsetzung von Ordnungsstrafen zum Zwecke der Erzwingung der Anmeldung von bestehenden Firmen und sonstigen anmeldungspflichtigen Rechtsverhältnissen und der Unterlassung unzulässiger Firmenführung. Dem Registerrichter ist aber nicht das Recht gegeben, dem Kaufmanne die Führung einer Firma zu verbieten, weil sie nicht eingetragen sei. Vielmehr ist umgekehrt der Firmenführer zur Eintragung anzuhalten (AdlCl. 783), wohl aber kann er die Führung einer Firma deshalb verbieten, weil sie nicht dem Gesetze entspricht. Dagegen bildet der Gebrauch (über diesen Begriff § 1 zu Art. 27) einer vom vollen Vor- und Zunamen abweichenden Firma, auch wenn sie gegen das HGB. nicht verstößt, seitens eines Gewerbetreibenden, auf den die GewO. Anwendung findet, eine Übertretung nach der GewO., sofern die Firma nicht ins Handelsregister eingetragen ist (vergl. § 49, Z. 1 GewO., und Zusatz 1 zu Art. 10). Wer sich dieser Übertretung schuldig macht, haftet für den Schaden, den jemand dadurch erleidet, daß er annehmen mußte, es sei die vom Vor- und Zunamen abweichende Firma eines Gewerbetreibenden tatsächlich registriert; dieser Schade kann in dem Betrage der Prozeßkosten bestehen, die einem Kläger durch Abweisung einer Klage gegen einen solchen Gewerbetreibenden aus dem Grunde der Unzuständigkeit des Handelsgerichtes mangels Bestehens der vermuteten Firmenregistrierung erwachsen (dagegen OGH. v. 17. Aug. 1906, Z. 9945, „Das Recht", 1906, S. 102). Zum Einschreiten nach Art. 26 berechtigt der Gebrauch einer Firma in einem von der Registrierung abweichenden Wortlaute (AdlCl. 1868, 2003, 2121; B. Mayer a. a. O., S. 450; vergl. auch Wolf, JBl. 1901, Nr. 31), auch dann, wenn ein Kaufmann einen Bestandteil der eingetragenen Firma, der mit dem Wortlaute einer ihm zustehenden Wortmarke übereinstimmt, als Firma gebraucht (OGH. v. 4. Apr. 1905, JBl. 1905, 22), oder wenn der die Bezeichnung des Unternehmens enthaltene Teil der Firma allein als Firma gebraucht wird (OGH. v. 4. Apr. 1905, JBl. 1905, 22). Jedoch liegt der Gebrauch einer anderen Firma als der registrierten nicht schon dann vor, wenn ein Bestandteil des Firmenwortlautes so auffällig gedruckt wird, daß bei oberflächlicher Betrachtung der übrige Teil des Firmenwortlautes gar nicht sichtbar ist (Links 8211).[40])

[39]) Eine gleiche Bestimmung enthält § 11, Abs. 4 des Entwurfes zu der Handelsregisternovelle.

[40]) Es wäre dem, daß die auffällige Hervorhebung eines Teiles des Firmenwortlautes im einzelnen Falle zu einer Täuschung des Publikums geeignet wäre (vergl. OGH. v. 26. Apr. 1905, JBl. 1905, Nr. 29: Eine Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft hatte auf den von ihr ausgegebenen Einlagegebühren den Firmenwortlaut mit einer so auffälligen Hervorhebung des Wortes „Sparkasse" aufgedruckt, daß die Ansicht entstehen könnte, es handele sich um eine Sparkasse im Sinne des Sparkassenregulativs.

Digitized by Google

über die verschiedenen Handlungen, die den unbefugten Gebrauch einer Firma darstellen können, siehe § 1 zu Art. 27.

§ 1 a. Dieses Zwangsverfahren ist ein Offizialverfahren in dem Sinne, daß der Richter von Amts wegen einzuschreiten berechtigt und verpflichtet ist. Für das Verfahren sind, soweit das HGB. und das EinfG. zu demselben nichts enthält, gemäß § 15, Abs. 2 EinfG. zum HGB. die Bestimmungen des KaisP. vom Jahre 1854 maßgebend. Die Anregung dazu kann jedermann aus dem Volke geben, sowohl dann, wenn das Einschreiten geeignet ist, auch ein Privatrecht zu schützen — denn der Tatbestand des Art. 26 und der des Art. 27 decken sich in vielen Fällen — als auch ohne diese Voraussetzung, und es ist daran nicht zu denken, daß im ersteren Falle der Registerrichter sein Einschreiten ablehnen und die Partei auf den Weg des Art. 27 zu verweisen berechtigt wäre (AdlCl. 1521; Randa I, S. 143; vergl. aber AdlCl. 1918); umgekehrt kann einer auf Art. 27 gestützten Klage nicht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges entgegengehalten werden, weil Kläger das Recht gehabt hätte, zum Zwecke der Löschung der beanständeten Firma das Offizialverfahren nach Art. 26 in Anregung zu bringen (OLG. Krakau bei AdlCl. 2141). Aber das Verfahren ist nicht, wie in unseren früheren Auflagen mit dem Kammergericht (bei Johow 4, S. 14) angenommen wurde, lediglich ein Offizialverfahren. Es ist vielmehr, insofern auch ein Parteiverfahren, als diejenigen Personen, welche an der Herbeiführung der Eintragung oder Löschung rechtlich interessiert sind, als wirkliche Antragsteller anzusehen und eventuell, sofern dies nach dem KaisP. vom Jahre 1854 zulässig ist, auch zum Rekurse und Revisionsrekurse, nicht bloß zur Aufsichtsbeschwerde berechtigt sind. Bei AdlCl. 1132, 1341, 1472 und ZBl. 1900, Nr. 208, gelangt diese Ansicht zum Ausdrucke. Sie ist richtig, denn aus § 9 KaisP. kann nicht gefolgert werden, daß zu einer Beschwerde gegen eine richterliche Verfügung im Verfahren außer Streitsachen nur derjenige legitimiert ist, der an diesem Verfahren beteiligt war; das Recht der Beschwerde steht vielmehr jedem angeblich Beeinträchtigten zu (wie es jetzt im deutschen Reichsgesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit entschieden ist). In der E. v. 7. Juli 1904, GZ. 1905, 2, hat der OGH. anerkannt, daß der durch die Eintragung einer Firma in seinen Rechten Verletzte zum Rekurse gegen die Bewilligung der Eintragung legitimiert sei. Dieser Anschauung steht auch das Urteil des RG. (Bd. 22, S. 59) nicht entgegen, auf welches sich Allfeld, S. 171 zum Beweise dafür beruft, daß der einzelne einen rechtlichen Anspruch auf Ausübung der hier in Rede stehenden richterlichen Zwangsbefugnisse nicht habe. Der Ausspruch des Reichsgerichtes, daß „aus Art. 26 ein Privatrecht des einzelnen auf Löschung nicht folge", ist richtig. Aus Art. 26 folgt ein solcher Anspruch des einzelnen nicht. Aber wo er aus anderen Rechtsgründen folgt, da hat der Berechtigte — und das hat das RG. nicht verneint — auch ein Recht auf das richterliche Einschreiten gemäß Art. 26.

§ 1 b. Den Handelskammern steht dagegen nicht das Recht zu, die Löschung einer gesetzwidrigen Firma durch Antragstellung und Beschwerde in Anregung zu bringen; sie haben in Ansehung des Handelsregisters lediglich eine rechtspolizeiliche Funktion durch Anzeige der ihnen bekannten Übertretungen gegen die Vorschriften des Art. 26 auszuüben (§ 13 EinfG. zum HGB.).[41]) Auch der Finanz-

[41]) § 126 des deutschen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit räumt den Organen des Handelsstandes ein Recht der Beschwerdeführung gegen unrichtige Registereintragungen ein. De lege ferenda wurde für die österreichischen Handelskammern das gleiche Recht verlangt in JBl. 1872, S. 242 und dem Berichte der niederösterreichischen Advokatenkammer in JBl. 1873, Nr. 2. Nach dem Tiroler Grundbuchsgesetze steht ein solches Recht bezüglich unzulässiger Grundbuchseintragungen dem Oberstaatsanwalte zu.

Digitized by Google

prokuratur steht kein Beschwerderecht gegen Verfügungen der Registergerichte zu (OGH. v. 6. Dez. 1899, GZ. 1901, Nr. 17, 2. Mai 1905, ZBl. 1905, 220). Bezüglich der gesetzwidrig erfolgten Eintragungen ins Genossenschaftsregister wurde dagegen der Finanzprokuratur die Legitimation zur Beschwerde zuerkannt (AdlCl. 1880, 2231). Die verschiedene Beantwortung dieser Frage für das Handelsregister und das Genossenschaftsregister läßt sich weder durch den in den Gründen der letzterwähnten Entscheidung enthaltenen Hinweis auf § 3 der V. v. 14. Mai 1873, RGBl. Nr. 71 — der ja dem § 13 EinfG. zum HGB. fast gleichlautend ist — noch durch Heranziehung des § 95 GenG., der Genossenschaften bezüglich des Betriebes von konzessionspflichtigen Unternehmungen der Staatsaufsicht unterstellt, rechtfertigen; letztere Bestimmung bezieht sich ja ihrem Wortlaute nach nur auf den Gegenstand des Unternehmens, hat aber mit der den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften eigentümlichen Assoziationsform nichts zu tun — § 102 GmbHG. räumt der Finanzprokuratur das Recht des Rekurses gegen die Bewilligung von Eintragungen ein.

§ 1c. Was die Form des Ordnungsstrafverfahrens betrifft, so ist dasselbe ein Administrativverfahren eigener Art, auf welches weder das Strafgesetzbuch, noch die Prozeßgesetze Anwendung finden (RG. 2, S. 223). § 15, Abs. 2 EinfG. bestimmt, daß auf dieses Verfahren die Vorschriften des KaisP. vom Jahre 1854 Anwendung finden. § 12 EinfG. enthält nur die Bestimmungen, daß die Ordnungsstrafen zwischen zwanzig und sechshundert Kronen zu verhängen sind, daß dieselben dem Armenfonds des Ortes des Registergerichtes zufließen und nicht in Arreststrafen umgewandelt werden dürfen. Letzteres wurde von der Kommission bei Beratung des HGB. für selbstverständlich gehalten (Hahn § 18 zu Art. 12). Nach § 12, Abs. 5 EinfG. zum HGB. sind die Ordnungsstrafen ohne Rücksicht auf etwaige von der Gewerbebehörde wegen Übertretung der Gewerbevorschriften verhängte Strafen zu verhängen. Da die Fälle des unbefugten Firmengebrauches nach dem HGB. mit den in den §§ 46 und 47 GewO. verbotenen Handlungen zum Teile sich decken, so wäre eine Kumulierung der nach der GewO. und dem HGB. zu verhängenden Strafen nicht ausgeschlossen. § 50, Abs. 1 GewO. bestimmt aber, daß in dem Falle, als die in den §§ 46 bis 49 verbotenen Handlungen auch unter Art. 26 HGB. fallen, die von der GewO. angedrohten Strafen nicht abgesondert zu verhängen sind. Raum zum Einschreiten der Gewerbebehörden gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma ist daher nur dann vorhanden, wenn der Gebrauch zwar nicht gegen das HGB., wohl aber die GewO. verstößt (Blaschke-Pitreich, S. 43; AdlCl. 1150 und 1346 [richtig nur in der Aufstellung dieses Rechtssatzes]). Einen solchen Fall siehe bei § 1 zu diesem Artikel.

§ 1d. Über das Beschwerderecht, das sich nach den Bestimmungen des KaisP. richtet, siehe § 1 zu Art. 21. Zu unterscheiden von der Beschwerde gegen den gerichtlichen Beschluß, durch welchen jemand zur Eintragung seiner Firma aufgefordert wird, ist die Beschwerde gegen die Vorschreibung der Steuer, durch deren Höhe die Registrierungspflicht begründet wird (vergl. Nemethy, Formularien, Nr. 186).

§ 2. Zusatz. Eine gesetzliche Bestimmung, daß die Löschung der Firma von Amts wegen vorzunehmen ist, wenn der hiezu erforderliche Antrag nicht erreichbar ist, fehlt in unserem Rechte.[42]) Firmenlöschungen von Amts wegen

[42]) § 5 des Entwurfes zu einem Gesetze, womit die Vorschriften über die Eintragung ins Handels- und Genossenschaftsregister ergänzt und abgeändert werden (Nr. 2069 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des AH. 17. Session) bestimmt im Einklange mit § 31, Abs. 2 HGB.: „Ist eine in das Handelsregister eingetragene Firma erloschen und kann die Anmeldung der

Digitized by Google

sind daher nach dem Wortlaute des Gesetzes auch dann nicht zulässig, wenn ein zur Anmeldung der Löschung verpflichtetes Subjekt gar nicht existiert. Die Praxis setzt sich jedoch über diese Schranken hinweg und verfügt von Amts wegen Löschungen, wenn die Anmeldung derselben nicht zu erwirken ist, so insbesondere, wenn der Nachlaß des Firmeninhabers von niemandem angetreten wird oder wenn die wiederholten uneinbringlichen Geldstrafen fruchtlos bleiben (OGH. v. 15. März 1904, NotZ. 1904, 18; Nemethy, Formularien, S. 247; vergl. auch Coulon, GZ. 1900, Nr. 3). Abschnitt I der JMV. v. 10. Dez. 1901, JMBl. Nr. 40, setzt ebenfalls das Vorkommen von Firmenlöschungen von Amts wegen voraus.

Artikel 27.

Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadenersatz belangen.

Über das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen.

Das Handelsgericht kann die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurteilten verordnen.

Einleitung.

Der Artikel handelt von dem privatrechtlichen Schutz gegen unbefugten Firmengebrauch. Er verbreitet sich über die Voraussetzungen und das Ziel des in dieser Hinsicht gewährten Klagerechtes (Abs. 1) und gibt einzelne spezielle Entscheidungsnormen (Abs. 2 und 3).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Die Voraussetzungen des Klagerechtes** sind folgende:

a) **Daß der Beklagte unbefugt eine Firma[42]) gebraucht,** und zwar ist nur objektive Nichtbefugnis erforderlich, gutgläubiger Erwerb der Firma schützt nicht (RG. 25, S. 5). Der unbefugte Gebrauch einer Firma liegt nicht nur dann vor, wenn sie zum Abschluß von Handelsgeschäften oder zur Abgabe von Unterschriften verwendet wird (sogenannter juristischer Gebrauch). Denn wenn auch nach Art. 15 die Firma der Name ist, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, so ist der Gebrauch dieses Namens doch noch mannigfach in anderer Art denkbar, wie z. B. durch Zeitungsinserate, Firmenschilder, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten usw., und verboten ist jeder unbefugte Gebrauch einer Firma, zu welchen kaufmännischen Zwecken derselbe auch immer erfolgt, wenn nur der Wille sich dokumentiert, unter dieser Firma als Kaufmann dem gesamten Publikum entgegenzutreten (OGH. v. 20. Juni 1905, ZBl. 1905, 16; vergl. RG. 36, S. 14; Franckel S. 29).

Als unbefugter Gebrauch ist im einzelnen angesehen worden: Abschluß von Handelsgeschäften, Abgabe von Unterschriften (P. 924), Gebrauch auf Fakturenblanketten (AdlCl. 1980), Firmenschildern (AdlCl. 2121), Annonzen (AdlCl. 2003), Preislisten (AdlCl. 1868, ZBl. 1901, Nr. 86), auf Spareinlagebüchern (OGH. v. 26. April 1905, ZBl. 1905,

---

Löschung nicht auf die im Art. 26 HGB. bezeichnete Weise herbeigeführt werden, so hat das Registergericht das Erlöschen der Firma von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen." Die erläuternden Bemerkungen a. a. O., S. 7, bezeichnen gleichzeitig die im Texte mitgeteilte Praxis, die durch die angeführte Bestimmung gesetzliche Anerkennung erhalten soll, als ein Vorgehen praeter legem.

Digitized by Google

29); Betreiben eines Handelsgewerbes in einem Lokal, über welchem eine andere Firmenaufschrift steht (ROHG. 14, S. 184; 36, S. 14; vergl. hiezu jedoch Bolze 13, Nr. 122); Vordruck der früheren Firma auf Briefen und Memoranden, wenn auch nur mit einem Nachfolgerzusatz[43]), wenn auch ferner mit der zeitigen Firma unterzeichnet wird (RG. 19, S. 21); fälschliches Gerieren als Vertreter einer Firma (ROHG. 21, S. 221); Anmeldung der Firma zum Handelsregister (RG. 22, S. 58). Als unbefugter Firmengebrauch muß auch die Anführung einer nicht zuständigen Firma auf einer allgemeinen kundgemachten Telegrammadresse angesehen werden (vergl. das zu § 46 GewO. erflossene Erkenntnis des VGH. v. 5. Febr. 1904, Budwinski 2346 A). Als unbefugter Gebrauch ist dagegen nicht erachtet worden unbefugte Etikettierung von Waren mit fremder Firma (AdlCl. 275; ROHG. 6, S. 246; RG. 3, S. 165; Bolze 5, Nr. 201 — Benediktiner; RG. v. 19. Okt. 1895 in JW., S. 542 — Doornkat), was aber nach unserer obigen Grundanschauung über den Begriff „Gebrauch einer fremden Firma" nicht zutreffend ist (vergl. dagegen Kammergericht in Busch, Archiv 27, S. 454; Cosack S. 73; Canstein I, S. 227; Blaschke-Pitreich S. 44; Franckel a. a. O., S. 30). Franckel hebt mit Recht hervor, daß der Schutz, den das HGB. gegen Firmenmißbrauch durch unbefugte Etikettierung gewährt, umfassender ist, als der des Markenschutzgesetzes vom 6. Jänner 1890, dessen § 24 allerdings einen weit wirksameren Schutz gegen unbefugte Etikettierung von Waren mit fremder Firma gewährt, der aber bloß auf wissentlichen Eingriff Anwendung findet (vergl. Pollitzer S. 83). Vergl. auch § 46 GewO.

Immerhin ist der Gebrauch der Firma zu unterscheiden von bloßen Notifikatorien (RG. 5, S. 111; 19, S. 23 und 25). So ist der Zusatz „(früher Hugo Lissauer)" und der Zusatz „(früher Lissauersches Haus)" als unbefugter Firmengebrauch, der Zusatz „(im früher Lissauerschen Hause)" als zulässiges Notifikatorium erachtet worden (Bolze 16, Nr. 116). Die Bezeichnung „Hermann Langenbachsche Konkursmasse" oder „Warenlager der Hermann Langenbachschen Konkursmasse" kann bald unzulässiger Firmengebrauch, bald zulässiges Notifikatorium sein, ersteres z. B. dann, wenn derartige Ankündigungen anonym und nach Beendigung des Konkurses erlassen werden.

Passiv legitimiert ist hienach jeder, der in der gedachten Weise unbefugt eine Firma gebraucht, insbesondere ist auch der Minderkaufmann durchaus nicht ausgeschlossen (Franckel S. 29), der jedoch seinen bürgerlichen Namen ungehindert gebrauchen kann, aber nur diesen; der Gebrauch eines anderen Namens, auch nur Vornamens oder Anfangsbuchstaben desselben wäre Gebrauch einer unzulässigen Firma (AdlCl. 1138, nicht dagegen AdlCl. 1150). Der Vollkaufmann dagegen ist unter Umständen gehindert, sich seines vollen bürgerlichen Namens im Handelsbetriebe zu bedienen, so, wenn ein anderer denselben befugterweise als Firma hat eintragen lassen, oder wenn der Kaufmann die seinen Namen führende Firma veräußert hat. Wirken mehrere beim Mißbrauche mit, so kann die Klage gegen alle Mitwirkenden ge-

[43]) Der Zusatz „früher in Firma H. & W." soll nach AdlCl. 695 zulässig sein, was jedoch sehr bedenklich erscheint.

Digitized by Google

richtet werden, z. B. wenn jemand seine Firma eintragen läßt, nur damit ein anderer unter derselben Handelsgeschäfte betreibt (RG. 3, S. 120; Bolze 18, Nr. 114).

Unbefugter Firmengebrauch ist aber unerläßliche Voraussetzung. Das Betreiben unlauterer Konkurrenz mit Hilfe einer berechtigten Firma wird hiedurch nicht getroffen (RG. 20, S. 71; Bolze 17, Nr. 123; RG. v. 19. Okt. 1895 in JW., S. 542). Als solche ist z. B. eine Firma anzusehen, die mit einer in einer anderen Stadt eingetragenen gleichlautend ist, aber den Vorschriften dieses Titels entspricht. Gegen eine auf diese Weise ausgeübte illoyale Konkurrenz gewährt das HGB. keinen Schutz (AdlCl. 2141; dagegen Franckel S. 29).

b) **Daß der Kläger in seinen Rechten verletzt ist.** In erster Linie ist § 2. hier an das Firmenrecht gedacht. Dasselbe ist von der Eintragung nicht abhängig (§ 5 zu Art. 15), doch wird durch die Eintragung einerseits die Priorität nach Maßgabe des Art. 20 begründet, so daß der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma durch die Eintragung einer gleichlautenden in seinen Rechten nicht verletzt wird, sofern diese nur in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften gewählt ist (vergl. § 2 zu Art. 20), andrerseits aber wird durch die Eintragung der Wortlaut der Firma derart festgestellt, daß die eingetragene Firma nur in der so verlautbarten Form geschützt wird (ROHG. 4, S. 254).

Es ist aber durchaus nicht allein an das verletzte Firmenrecht gedacht. Der Art. 27 regelt nicht den Rechtsschutz der Firma, sondern den Schutz aller Rechte gegen unbefugte Firmierung. Auch der Nichtkaufmann, dessen Name unbefugt gebraucht wird, hat das Klagerecht (ROHG. 6, S. 249; RG. 29, S. 125) und ebenso natürlich auch der Kaufmann, dessen Name unbefugt gebraucht wird, auch wenn er anderes firmiert (Olshausen, Das Verhältnis des Firmenrechtes zum Namenrechte, S. 86; Em. Adler a. a. O., S. 25). Dieses Namensrecht knüpft sich an den Familiennamen (OLG. Marienwerder in Seufferts Archiv 48, S. 3; RG. 29, S. 125) und wird auch dann verletzt, wenn der Firmeninhaber dem unberechtigten Familiennamen andere Vornamen beigefügt hat. So ist wegen unzulässigen Gebrauches der Firma Franz Maria Farina eine Klage der Firma Jean Maria Farina zugelassen (RG. 7, S. 280). Für das Recht am Namen sind die Normen des bürgerlichen Rechtes maßgebend (vergl. Krainz-Ehrenzweig § 45, Note 5, und die dort angeführte Literatur). Aber auch jeder, der sonst in seinen Rechten verletzt wird, kann die Klage erheben gegen den unbefugten Firmenführer (RG. 3, S. 166). Deshalb ist es zutreffend, wenn das RG. (3, S. 167) ein Recht auf Beseitigung des von einem Konkurrenten gebrauchten Zusatzes „einzig" in der Firma „einzige Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent Dr. R. Kißling & Komp." daraus herleitet, daß auch dem Kläger ein Patent auf einen Apparat zur Entfernung des Nikotins aus dem Tabak erteilt war; diesem Patentrechte widersprach es, daß die Beklagte sich in ihrer Firma als „einzige" Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent usw. bezeichnete, weil daraus der Verkehr entnehmen mußte, daß ihr Verfahren allein patentiert war. Das war eine täuschende Bezeichnung, widersprach daher den Vorschriften über das Firmenrecht und verletzte gleichzeitig das Patentrecht des Klägers. Auch ein Marken-

Digitized by Google

inhaber kann unter Umständen gegen eine unbefugte Firmenführung Einspruch erheben (vergl. unten § 7).

Indessen muß es doch ein bestimmtes Recht sein, welches verletzt ist. Das Gesetz spricht von Rechten, nicht von berechtigten Interessen. Oft ist dies weniger, oft mehr als berechtigte Interessen. Jedenfalls muß der klare Wortlaut des Gesetzes zu Grunde gelegt und davon ausgegangen werden, daß eine Verletzung von Rechten erforderlich und ausreichend ist. Das Reichsgericht (RG. 19, S. 21) hat scharf betont: nicht wer in seinen Interessen verletzt sei, sondern wer in seinen Rechten verletzt sei, habe das fragliche Untersagungsrecht (zust. Olshausen a. a. O., S. 85).

Es kann daher nicht gebilligt werden, wenn das RG. (22, S. 60; Bolze 21, Nr. 149; vergl. auch bei Links CCCXX) die Klage jedem Konkurrenten gibt, weil der Mißbrauchende „in das Absatzgebiet desselben, das sich dieser in Betätigung des Handelsbetriebes errungen hat, eingreift und ihn daher in dem berechtigten Genusse wirtschaftlicher Güter stört". Der berechtigte Genuß wirtschaftlicher Güter ist immer noch kein Recht, die Störung dieses Genusses noch keine Rechtsstörung oder Rechtsverletzung, ebenso ist das Absatzgebiet kein Recht, ein Eingreifen in dasselbe keine Rechtsverletzung. Eine Rechtshilfe gewährt hier das Antrags- und Beschwerderecht, durch welches auf das Einschreiten des Registergerichtes eingewirkt werden kann (vergl. § 1 a zu Art. 26). Hienach kann auf Grund des Art. 27 jedenfalls nicht irgendein Konkurrent klagen auf Beseitigung der Firmenführung „einzig" oder „erste", auch wenn diese Bezeichnungen der Wahrheit nicht entsprechen. Hier muß Art. 26 helfen.

Daher kommt es auch, daß unter Umständen eine offene Handelsgesellschaft als Klägerin auftreten kann, weil durch den unbefugten Gebrauch einer Firma leicht auch in die Rechtssphäre der Gesellschaft eingegriffen werden kann (RG. 18, S. 139).

In seinen Rechten verletzt ist aber nicht derjenige, der dem anderen das Recht zur Firmenführung durch Vereinbarung gestattet hat (RG. 29, S. 70).

Mehr aber als eine Verletzung in den Rechten ist nicht erforderlich, **weder der Nachweis eines Schadens noch die Verletzung eines besonderen Interesses** (ROHG. 6, S. 246; RG. 3, S. 166; 19, S. 20).

§ 3. c) **Als dritte Voraussetzung ist die vom Gesetze nicht erwähnte des Verschuldens** hervorzuheben. So unzweifelhaft es aber ist, daß diese bei der negatorischen Klage auf Unterlassung ferneren Gebrauches nicht gefordert wird (vergl. RG. 25, S. 5; § 60 UrhG. und § 96 PatG.), so selbstverständlich ist das Erfordernis bei der Klage auf Schadenersatz (dagegen Behrend § 40, Anm. 55; dafür Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. 2, § 313, Anm. 21). Denn der Artikel bezweckt zwar, den bisherigen durch die Schadensklage geschützten Rechten ein neues hinzuzufügen, nicht jedoch hinsichtlich der Begründung des Schadenanspruches von dem durch allgemeine Rechtsgrundsätze gebotenen Erfordernis des Verschuldens zu befreien und eine Schadenersatzpflicht ohne Verschulden, die immer eine Abnormität ist, zu konstruieren (zust. Förtsch, Anm. 4; Cosack S. 72, 73; Allfeld S. 174; Franckel S. 26). Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (§§ 1323, 1331

Digitized by Google

ABGB.) sind daher auch maßgebend bei Entscheidung der Frage, ob neben dem Ersatze des erlittenen Schadens auch der des entgangenen Gewinnes gefordert werden kann. Letzteres ist nur bei dolus und grobem Verschulden der Fall, was in der Praxis allerdings die Regel sein wird; vergl. Franckel S. 26, der mit Recht den nur auf Handelsgeschäfte Bezug nehmenden Art. 283 HGB. hier unanwendbar erklärt.

d) **Daß die Störung im Inlande** erfolgt sein muß, ist in den früheren Auflagen von uns angenommen worden. Das RG. (bei Bolze 9, Nr. 110; vergl. auch RG. 18, S. 32) vertritt den gegenteiligen Standpunkt, dem nach erneuter Erwägung beigetreten werden muß (vergl. auch Allfeld S. 174).

2. (Abs. 1.) **Das Ziel der Klage** ist Unterlassung ferneren Gebrauches, insbesondere Löschung im Handelsregister und Schadenersatz. Die Klagen stehen dem Verletzten kumulativ zu. Aus diesem Inhalte des Klagebegehrens erhellt, daß die Klage die Natur einer Leistungsklage hat (Olshausen a. a. O., S. 93). Wird gleichzeitig das Begehren gestellt, im Urteile auszusprechen, daß die Führung der beanständeten Firma eine unbefugte sei, so liegt Kumulierung zwischen Leistungs- und Feststellungsklage vor. Die Klage gehört unbedingt vor die Handelsgerichtsbarkeit, ohne Rücksicht auf die Eigenschaft des Beklagten (§ 51, Z. 2 JN. in Verbindung mit § 39, Z. 1 EinfG. zum HGB.). Wenn der angegebene Wert des Streitgegenstandes 1000 Kronen übersteigt, ist für die Klage der Gerichtshof (Handelsgericht, Handelssenat), zuständig, sonst das Bezirksgericht (Bezirksgericht für Handelssachen, allgemeines Bezirksgericht). Über die Exekution siehe § 1, lit. g zu Art. 12. § 4.

3. **Die besonderen Entscheidungsvorschriften** (Abs. 2 und 3) sind: § 5.

a) **die Befreiung von Beweisregeln.** Was die Höhe des Schadens betrifft, so ist Art. 27 heute durch § 273 ZPO. ersetzt. Die Tatsache des Vorhandenseins eines Schadens muß jedoch auch nach § 273 ZPO. (im Gegensatze zu § 283 d. ZPO.) nach den allgemeinen Grundsätzen erwiesen werden; daher kommt in dieser Richtung der Bestimmung des Art. 27, Abs. 2 noch praktische Bedeutung zu (Krainz-Ehrenzweig § 138, Note 10 und 11; vergl. auch Neumann zu § 273 ZPO.);

b) **die Befugnis des Richters zur Veröffentlichung des Urteiles,** jedoch nur, wie die Auslegung ergibt, wenn der Beklagte verurteilt ist, und wegen § 405 ZPO. nur auf Antrag des Klägers. Der Antrag muß mit dem Klageantrage gestellt werden. Das Prozeßgericht (nicht etwa das Registergericht, denn es ist anzunehmen, daß das Handelsgericht im dritten Absatze das gleiche ist wie im zweiten Absatze) befindet, ob nach der Sachlage zum Schutze des Berechtigten die Publikation erforderlich erscheint.

Zusatz 1. Die in diesem Artikel gegebenen Rechte gehen auf die Erben des Berechtigten über (App. Ger. Leipzig in Busch, Archiv 36, S. 200; Hahn § 2). § 6.

Zusatz 2. Abgrenzung des Firmenrechtes gegen das Markenrecht. § 7.

1. Das Markenschutzgesetz gewährt dem Firmenrechte einen weiteren Schutz in § 24. Man hatte früher in der Rechtsprechung angenommen, daß es keinen unbefugten Gebrauch der Firma enthält, wenn jemand die Firma eines anderen dazu benützt, um seine Ware damit zu versehen (vergl. oben § 1). Das Markenschutzgesetz schützt das Firmenrecht auch nach dieser Richtung. Zur Feststellung des Tatbestandes eines Firmenmißbrauches

Digitized by Google

durch unbefugte Warenbezeichnung im Sinne des MarkG. sind nur die Strafgerichte berufen (AblCl. 2141).

2. Wer das Recht an einer Wortmarke (§ 1 der Novelle zum MarkG. v. 30. Juli 1895) besitzt, kann dadurch bestehende Firmenrechte sicherlich nicht in Frage stellen (§ 5 MarkG.). Aber die Wahl eines Wortzeichens kann auch die spätere freie Wahl von Firmen in den durch das HGB. gewährleisteten Grenzen nicht in Frage stellen. Wer ein Wortzeichen so wählt, daß dasselbe auch die zulässige Bezeichnung einer Firma abgeben kann, kann diese letztere Wahl nicht verhindern. Durch das Wortzeichen kann man die Sprache nicht derart monopolisieren, daß sie nunmehr für die sonstigen Zwecke des Rechtslebens unbrauchbar wird. Dieser Rechtssatz wird in AmtlS. 453 und in der im öst. Patentblatt 1902, Nr. 3 mitgeteilten KhE. v. 6. Juli 1901 ausgesprochen. Wer z. B. das Wort Meteor oder Salvator wählt, kann nicht verhindern, daß eine später gegründete Aktiengesellschaft sich Meteor oder Salvator nennt und auch ihre Waren in dieser Weise bezeichnet. Eine Aktiengesellschaft, deren Firma ähnlich lautet wie eine eingetragene Wortmarke, wäre allerdings berechtigt und verpflichtet, sich ihrer ähnlichen Firma zu bedienen, zwar auch mit Abkürzungen (§ 5 des Gesetzes), aber nicht mit derartigen Abweichungen, daß nicht mehr die Führung ihrer Firma, sondern die des ähnlichen Wortzeichens vorliegt. Vergl. hiezu Em. Adler, Markenschutz und unlauterer Wettbewerb; öst. Patentblatt 1904, Nr. 4—8, insbesondere N. 44—46; dort und bei Staub 8. Aufl., Anm. 26 zu § 37 auch Mitteilungen über die nicht ganz einheitliche Praxis der deutschen Gerichte. — Umgekehrt hat auch der Inhaber einer Firma kein Prioritätsrecht, welches ihm das Recht gibt, zu untersagen, daß in der Folgezeit ein anderer sich eines gleichlautenden Warenzeichens bedient. Das Gegenteil folgt nicht etwa aus § 23 MarkG. Dagegen kann gegen eine vom Standpunkte des Firmenrechtes unbefugte Firma, von dem Inhaber einer Marke, dessen Markenrecht durch die Firma verletzt wird, Einsprache erhoben werden (vergl. oben § 2).

Vierter Titel.

Von den Handelsbüchern.

Artikel 28.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind.

Er ist verpflichtet, die empfangenen Handelsbriefe aufzubewahren und eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesandten Handelsbriefe zurückzubehalten und nach der Zeitfolge in ein Kopierbuch einzutragen.

Einleitung. **Der Artikel statuiert die Verpflichtung des Kaufmannes zur Führung von Handelsbüchern.** Die Verpflichtung ist öffentlich-rechtlicher Natur: sie ist dem Kaufmanne nicht sowohl um seiner selbst willen, als im Interesse derjenigen Personen, die mit ihm in rechtliche Beziehungen treten, auferlegt. Dennoch

Digitized by Google

hat der Gesetzgeber einen direkten Zwang zur Erfüllung dieser Pflicht nicht gegeben (lex imperfecta). Doch liegt ein indirekter, aber sehr scharfer Zwang in dem bei eintretendem Vermögensverfall zur Anwendung kommenden Strafvorschriften (§ 486, lit. c und d StG.) und in der Ausschließung des Zwangsausgleiches bei ordnungswidriger Buchführung (§ 208, lit. e KO.), worüber das Konkursgericht unabhängig von dem Ausgange eines strafgerichtlichen Verfahrens wegen Vergehens nach § 486, lit. c StG. zu entscheiden hat (GlU. 13.194). Indes bedarf es eines Zwanges im allgemeinen überhaupt nicht, weil der Kaufmann in seinem eigenen wohlverstandenen Interesse Veranlassung genug hat, ordnungsmäßige Handlungsbücher zu führen. Denn ohne geordnete Buchführung ist der Zweck eines einigermaßen erheblichen Handelsbetriebes unerreichbar. Auch würde er sich durch Unterlassung der Buchführung eines wertvollen Beweismittels in seinen Prozessen begeben.

1. (Abs. 1.) **Zunächst ist im allgemeinen vorgeschrieben, von wem und wie die Bücher zu führen sind.** **§ 1.**

   a) **Von jedem Kaufmanne,** also auch von den Handelsgesellschaften (Art. 5), doch nicht von Minderkaufleuten (§ 7 EinfG.). Jedoch beginnt die Verpflichtung zur Buchführung schon dann, wenn die Höhe der Steuern die Vollkaufmannseigenschaft begründet, auch wenn die Firma tatsächlich noch nicht eingetragen ist (KH. v. 5. Juli 1879 bei Manz IV, Note 46 zu § 486 StG.). Für die Erfüllung dieser Pflicht haften im Falle der Handlungsunfähigkeit des Prinzipals die gesetzlichen Vertreter, und zwar sämtliche. Entgegenstehende Vereinbarungen sind für die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Verantwortung unerheblich. Bei offenen Handelsgesellschaften ist zwar jeder Gesellschafter Handelsmann im Sinne des § 486 StG. (KassHE. Slg 2204), kann sich aber im Konkurse der Gesellschaft von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen unterlassener Buchführung durch den Beweis schützen, daß er von der Mitwirkung an der Geschäftsführung ausgeschlossen war (KassHE. Slg. 3088, Finger, Strafrecht II, Nr. 335 a). Wenn das Reichsgericht (in Strafsachen 13, S. 308) die Verantwortlichkeit dessen, der abredegemäß fortan nur stiller Gesellschafter sein sollte, ohne daß jedoch seine Mitinhaberschaft gelöscht wurde, verneint hat, so geschah dies deshalb, weil hierin die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft liegt, die auch ohne Eintragung wirkt (vergl. § 6 zu Art. 129). — Die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft haben nicht außerdem Bücher zu führen, aus denen ihre private Vermögenslage ersichtlich ist, da sie nur in Bezug auf die Sozietät Kaufleute sind, nur dieses Handelsgewerbe betreiben, sie sind Kaufleute, aber nicht Einzelkaufleute (vergl. § 1 zu Art. 4; ebenso Hahn § 1; anders Allfeld S. 202; Puchelt Anm. 1 a). — Bei Aktiengesellschaften sind sämtliche Mitglieder des Vorstandes und sämtliche Liquidatoren für die Buchführung verantwortlich (Plenarentscheidung des RG. in Strafsachen 13, S. 235). Bei Aktienkommanditgesellschaften gilt dasselbe hinsichtlich der Komplementare, sie sind zwar nicht selbst Inhaber des Handelsgewerbes, aber gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, während die Kommanditisten für die Buchführung nicht haften, da sie weder das eine noch das andere sind (§§ 2 und 4 zu Art. 173 und § 4, Note 1 zu Art. 175). Bei einfachen Kommanditgesellschaften haften Komplementare und Kommanditisten (§ 7 zu Art. 150). Bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind die Mitglieder des Vorstandes zur Buch-

Digitized by Google

führung verpflichtet (§ 22 GenG.[1]), bei Gesellschaften m. b. H. die Geschäftsführer und die für das Inland bestellten Vertreter ausländischer Gesellschaften (§§ 22, 112 GmbHG.). Ehefrauen, die häufig, wenn der Mann in Vermögensverfall geraten ist, ihren Namen hergeben zum Betriebe des Handelsgewerbes, sind in gleicher Weise verantwortlich, auch wenn das Gewerbe tatsächlich vom Manne ausgeübt wird. Denn gibt ihnen das Gesetz einmal die vollen Rechte eines Kaufmannes, so müssen sie auch die Pflichten desselben übernehmen. Daraus folgt, daß umgekehrt der Ehemann in solchem Falle nicht verantwortlich ist, weil das Gewerbe, wenn auch vielleicht für seine Rechnung, so doch jedenfalls nicht in seinem Namen betrieben wird, er ist also nicht Kaufmann, aber auch nicht der gesetzliche Vertreter seiner handeltreibenden Ehefrau — vergl. § 1 zu Art. 4 — (anders RG. in Strafsachen 25, S. 122).

Doch sind die bezüglichen Strafvorschriften nicht so formell auszulegen, daß beim objektiven Vorliegen des gesetzlich unzulässigen Bücherzustandes unbedingt die Bestrafung eintritt. Vielmehr bleibt dem Kaufmanne der Entschuldigungsbeweis frei, daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen, der gesetzlichen Pflicht zu genügen (RG. in Strafsachen 1, S. 49: Täuschung durch den Sozius), während freilich der Einwand, man habe nicht gewußt, daß man im technischen Sinne Kaufmann sei, nicht beachtlich ist (RG. in Strafsachen 8, S. 147). Auch die Verhinderung durch Krankheit bietet keinen Entschuldigungsgrund (Randa I, S. 158), es sei denn, daß man so krank war, daß man auch für Vertretung nicht sorgen konnte. Keinen Entschuldigungsgrund für mangelhafte Buchführung bildet deren Schwierigkeit (KH. v. 12. Jänn. 1880 bei Manz IV, Note 54 zu § 486 StG.) oder der Mangel der Befähigung hiezu (KH. v. 12. Febr. 1878 ebd.), oder der Mangel an Mitteln, einen Buchhalter zu halten (KasshE. ebd.), oder die Überlassung der Buchhaltung an einen kaufmännisch gebildeten Buchhalter (KH. Slg. 1771). Dagegen ist der Kaufmann der Verantwortung für die Buchführung entzogen, wenn ihm ohne seinen Willen der Einfluß auf die Führung seines Geschäftes entzogen ist (KasshE. 2954: Ein Gläubigerkonsortium hätte einen Geschäftsführer mit der Führung des Geschäftes betraut).

§ 2. b) **Derart, daß alle Handelsgeschäfte und die Übersicht des Vermögens daraus zu ersehen sind,** das heißt nicht bloß für ihn selbst, aber auch nicht gerade für jedermann, sondern für jeden, der sich auf Buchführung versteht, den Sachverständigen (RG. in Strafsachen 4, S. 119). Hienach müssen die Handelsbücher eine doppelte Eigenschaft haben: die Handelsgeschäfte sind einzeln zu buchen, wenn auch nicht gerade ihrem speziellen Rechtsgrunde nach. Das ist nicht üblich und vom Gesetzgeber nicht gewollt; es genügt das hergebrachte Kreditieren und Debitieren (vergl. § 2 a). Wenn aber die Bücher außerdem eine Übersicht des gesamten Vermögens des Kaufmannes geben sollen, so darf auch sein sonstiger Vermögensstand nicht unberücksichtigt bleiben, vielmehr ist derselbe im Ergebnis und in den wesentlichen Veränderungen in den Büchern zu vermerken, so z. B. wenn der Kaufmann Grundstücke besitzt oder auch dann, wenn er neben

[1]) Ohne Grund wird in KasshE. Slg. 2508, die Buchführungspflicht der Genossenschaften auf jene Genossenschaften eingeschränkt, die Handelsgeschäfte betreiben und von ihrem Gewerbe das die Vollkaufmannseigenschaft begründende Maß an Steuern zu leisten haben.

Digitized by Google

seinem Vollkaufmannsgeschäfte ein Minderkaufmannsgeschäft betreibt. Vergl. KH. v. 21. Febr. 1879 und 17. Jänn. 1887 bei Manz IV, Note 53 zu § 486 St.: „Die Strafe ist selbst dann verwirkt, wenn sich nach den Handlungsbüchern zwar der Geschäftsbetrieb, nicht aber der Vermögensstand beurteilen läßt", ferner Canstein I, S. 245; Pollitzer S. 92, ebenso Rehm, DJZ. 1907, S. 318, der diese Ansicht mit einem arg. a contrario aus Art. 29: verb. „Gesellschaftsvermögen" begründet. Reisch und Kreibig (Bilanz und Steuer S. 3) neigen dagegen der Ansicht zu, daß bei der Buchführung das dem Geschäfte nicht gewidmete Vermögen überhaupt nicht zu berücksichtigen ist. Mehr aber als die Ergebnisse des daneben betriebenen, nicht kaufmännischen Geschäftes braucht die Buchführung nicht zu enthalten, nicht die einzelnen Vorfälle desselben (RG. in Strafsachen 25, S. 170). Das Gleiche gilt, wenn der Kaufmann ein Geschäft selbständig betreibt und daneben ein anderes in offener HG. (Hahn § 1). Auch den Privatbrauch müssen die Bücher ersehen lassen.

Zahl und Gattung der zu führenden Bücher sind nicht vor- § 2a.
geschrieben (P. 44), bis auf das Kopierbuch (vergl. unten § 3); es müssen diejenigen Bücher geführt werden, welche nach der Beschaffenheit des konkreten Geschäftsunternehmens zur übersichtlichen Darstellung des Geschäftsbetriebes und des Vermögens des Handelsmannes erforderlich sind (KH. Slg. 1401), so daß Gang des Geschäftsbetriebes und Vermögensstand sich aus den Büchern selbst, nicht nur mit Zuhilfenahme anderer Aufschreibungen feststellen lassen (KassHE. Slg. 2988). Immerhin nimmt das Reichsgericht an, daß nicht jede vollständige Aufzählung der Vermögensbestandteile und ihrer Veränderungen genügt, sondern daß eines der verschiedenen geltungsberechtigten Systeme, mindestens ein solches, welches zu gleichen Ergebnissen gelangt, befolgt werden muß (RG. in Strafsachen 25, S. 36; ähnlich Hahn § 3); aber es braucht auch nicht mehr zu geschehen, so daß eine spezielle Angabe des Rechtsgrundes, der einzelnen Kreditierungen und Debitierungen, weil nicht üblich, so auch nicht erforderlich ist. Vergl. § 4 zu Art. 31 und Canstein I, S. 238 (anders wohl auch nicht AdlCl.. 615 und 617). Einfache Buchführung genügt zwar, das System der doppelten Buchführung ist aber vorzuziehen, weil es allein die Kontrolle der Richtigkeit gewährt. Bei Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften wird durch die Vorschrift der Publizierung der Gewinn- und Verlustrechnung die doppelte Buchführung obligatorisch, weil eine Gewinn- und Verlustrechnung nur bei dieser möglich ist (Simon, Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 46; Ring S. 587; Reisch und Kreibig S. 5). Das Personaleinkommensteuergesetz setzt bei allen der öffentlichen Rechnungslegung unterworfenen Unternehmungen, daher auch bei Aktiengesellschaften doppelte Buchführung voraus Reisch und Kreibig S. 5). Die Führung von Geheimbüchern, deren Zweck es ist, dem Personal gewisse Geschäftsvorgänge zu verheimlichen, ist erlaubt (P. 56) und in vielfacher Übung. Hierüber Näheres bei Reisch und Kreibig S. 199, die als Zweck der Geheimbücher anführen: Verhüllung von Geschäftsanteilen, Verhüllung von Anteilszinsen, Haushaltungskosten und Gehalten, Verhüllung des Geschäftsvermögens und geschäftlicher Erfolge. Ein Tagnotizbuch (Kontorkalender) ist kein Handelsbuch im Sinne des HGB., weil es nicht das Material, für welches es bestimmt ist, kaufmännisch geordnet zusammenzufassen hat,

Digitized by Google

was zum Begriffe der Handelsbücher gehört, sondern nur zur Aufnahme gelegentlicher Bemerkungen, zur Unterstützung des Gedächtnisses dient und die Aufzeichnungen nicht in sachlich geordneter Weise für das Handelsgeschäft fixiert (Erkenntnis in Rechtsprechung des RG. 3, S. 304). Keine Handelsbücher sind ferner die Beibücher und Kontobücher; sie dienen dazu, um den Verkehr mit den Arbeitern oder mit den einzelnen Kunden zu fixieren und zu kontrollieren. Ihre Bedeutung und Beweiskraft hat ganz andere Ursachen als die der Handelsbücher, sie liegt nämlich in der Aufzeichnung einerseits und der unbeanstandeten Entgegennahme andrerseits (ROHG. 14, S. 260; 2, S. 273; Canstein I, S. 243). Endlich sind keine Handlungsbücher die sogenannten Kommissionsbücher (ROHG. 15, S. 171; Canstein a. a. O.). Siehe auch RG. in Strafsachen 11, S. 142 und 161. Auch die sogenannten Gläubigerverzeichnisse dienen nicht dem vom Gesetze gedachten Zwecke der kaufmännischen Buchführung, sondern werden lediglich zu Memorialzwecken und zum Zwecke der Orientierung des Kaufmannes angelegt. Es ist daher dem OGH. nicht beizustimmen, wenn derselbe in AblCl. 1800 derartige Aufschreibungen als Handelsbücher erklärt.

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Speziell ist vorgeschrieben, daß ein- und ausgehende Handelsbriefe zu verwahren sind,** und zwar die ausgehenden in Abschrift und nach der Zeitfolge geordnet, zu einem Buche vereinigt, also nicht in losen Blättern verwahrt. Dieses Buch, das Kopierbuch, ist somit das einzige allgemein vorgeschriebene Handelsbuch. Doch zieht die Unterlassung der Führung des Kopierbuches keine Strafe nach sich, wenn die übrigen Bücher den Erfordernissen entsprechen (RG. in Strafsachen 11, S. 142 und 161). Es zählt eben nicht zu den eigentlichen Handelsbüchern (Reisch und Kreibig S. 5), womit der Frage nach der Beweiskraft nicht vorgegriffen werden soll. Auch im übrigen ist die Vorschrift nicht strikt zu interpretieren; es ist keine wortgetreue Abschrift gemeint, und es darf nicht etwa kein Brief fehlen, vielmehr genügt, wie die Protokolle (45) ergeben, auch eine Abschrift des wesentlichen Inhaltes, und das Fehlen des einen oder des anderen Briefes enthält kein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift. Zur Aufbewahrung ein- oder ausgehender Briefe kommt jetzt das sogenannte Shannon-Register in Aufnahme. Dasselbe beruht nicht auf der chronologischen Ordnung und entspricht daher dem Gesetze eigentlich nicht. Allein es erleichtert die Übersicht und kann daher unbedenklich angewendet werden.

Die eingehenden Briefe sind im Original zu verwahren; zu ihnen gehören auch die Telegramme, während die Aufbewahrung sonstiger Belege, wie Quittungen, Rechnungen, Frachtbriefe usw., nicht vorgesehen, gleichwohl aber allgemein üblich ist, weil gerade ihre Aufbewahrung mit Recht für wichtig gehalten wird (vergl. Behrend § 42, Anm. 7). Auch wenn die Rechnungen zu einem Buche (Fakturenbuche) gebunden werden, bilden sie kein Handelsbuch im Sinne des Gesetzes (AblCl. 334, 817; dagegen AblCl. 1010, allerdings erkennbar von dem Bestreben ausgehend, hinsichtlich der Fakturenbücher die damals auf kein anderes Gesetz zu stützende Editionspflicht nach Art. 37 zu begründen).

§ 4. **Zusatz 1.** In § 54 GewO. ist es der Regierung überlassen, im Verordnungswege zu bestimmen, in welcher Weise die Inhaber von Trödler- und Pfandleihergewerben, sowie von Dienst- und Stellenvermittlungsgewerben ihre Bücher zu führen haben. Die im Vollzuge dieses Gesetzes erlassene Verordnung der

Digitized by Google

Ministerien des Innern und des Handels vom 1. Mai 1884 legt dem Trödler die Verpflichtung zur Buchführung auf, bestimmt die äußere Form der Bücher, enthält ein Verbot von Radierungen und bezeichnet auch näher die Gegenstände der Eintragung. Die bezüglichen Bestimmungen stehen mit Art. 32, Abs. 3 HGB. im Einklange. Zuwiderhandeln gegen diese Vorschriften ist nach § 4 dieser Verordnung als Übertretung zu bestrafen. In Ansehung der Pfandleiher bestimmt die Verordnung der Ministerien des Innern, der Finanzen und der Justiz vom 24. April 1885, daß jeder Pfandleiher ein Pfandbuch zu führen hat und bei Belehnung von Gold-, Silbersachen und Wertpapieren für jede Gattung dieser Geschäfte ein besonderes Buch. Die weiteren Vorschriften über Form der Bücher, Art der Buchführung sind denen für die Trödler ähnlich. Durch die V. v. 6. Aug. 1907, RGBl. Nr. 197, ist den Inhabern von Dienst- und Stellenvermittlungsgewerben die Führung eines Geschäftsbuches, dessen Inhalt bestimmt ist, zur Pflicht gemacht. Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften werden als Übertretungen bestraft. Diese Bestimmungen gehen über die handelsrechtlichen Vorschriften über die Buchführung einmal durch Aufstellung einer direkten Sanktion, dann aber auch dadurch hinaus, daß für Trödler die Buchführungspflicht unabhängig von ihrer Vollkaufmannsqualität, für Pfandleiher und Stellenvermittlungsgewerbeinhaber, ohne Rücksicht auf ihre Kaufmannseigenschaft überhaupt (vergl. zu Art. 272, Z. 2 u. 4) ausgesprochen wird. Auch ist in den beiden erstenerwähnten Verordnungen, ähnlich wie bei den Büchern der Handelsmakler, im Interesse einer korrekten Buchführung eine behördliche Intervention bei derselben vorgeschrieben (Vidierung und Siegelung des Buches, Durchziehung desselben mit einer Schnur). Über die Beweiskraft dieser Bücher enthalten die angeführten Verordnungen nichts. Sind beide Parteien, also auch der Buchführer, Vollkaufleute, so finden die Art. 34 ff. HGB. Anwendung; ist der Buchführer oder die andere Partei Minderkaufmann, so gelangen die §§ 19 und 20 EinfG. zum HGB. zur Anwendung. Ist der Buchführer gar kein Kaufmann, wie z. B. unter Umständen der Pfandleiher, so liegt kein Handelsbuch, sondern ein im Betriebe eines Gewerbes geführtes Buch im Sinne des § 295, Abs. 3 ZPO. vor, dessen Beweiskraft der Richter nach freiem Ermessen zu beurteilen hat. Die Editionspflicht richtet sich nach der ZPO. und bei Verletzung derselben tritt die Kontumazialfolge des Art. 37, Abs. 2 nicht mit Rechtsnotwendigkeit ein.

Zusatz 2. Handelsbücher sind der Exekution zu Gunsten von Geldforderungen nicht unterworfen, aber nicht deshalb, weil sie — wie der OGH. in AblCl. 1139 annimmt — nicht Gegenstände des Verkehres sind; sie können sogar, wenn sie noch nicht vollständig beschrieben sind oder als Makulatur, einen beträchtlichen Tauschwert haben. Ihre Unpfändbarkeit läßt sich heute aus der Bestimmung des § 249, Z. 11 EO. ableiten, weil dortselbst unter den „anderen Schriften" alle Arten von Urkunden verstanden sind (vergl. die verschiedenen Kommentare zu dem früheren § 715 der d. ZPO., jetzt ausdrücklich ausgesprochen in § 811, Z. 11 ZPO.). Das Gesagte bezieht sich natürlich nicht auf die direkte Exekution, wenn behufs Durchsetzung eines materiellrechtlichen Editionsanspruches Exekution behufs Erwirkung der Herausgabe eines Handelsbuches geführt wird. Dagegen gehören Handelsbücher zur Konkursmasse, obwohl dieselbe sonst Gegenstände nicht umfaßt, welche der Exekution zu Gunsten von Geldforderungen entzogen sind (Art. XII EinfG. zur EO.; § 1 KO.). Indessen ist doch anzunehmen, daß der Masseverwalter über sie nicht frei verfügen darf. Sie dürfen, wie Düringer und Hachenberg I, S. 147 zutreffend bemerken, nur mit dem Geschäfte im ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebes unentbehrlich

§ 5.

Digitized by Google

sind. Werden sie nicht in dieser Weise veräußert, so sind sie nach beendetem Konkurse dem Gemeinschuldner zurückzugeben.

§ 6. Zusatz 3. Über die **gebührenrechtliche** Behandlung der Handelsbücher siehe hauptsächlich das Gesetz v. 13. Dez. 1862, RGBl. Nr. 89, und die anderen bei Reisch und Kreibig I, S. 25 und 26 angeführten gegenständlichen Verordnungen.

Artikel 29.[2])

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Gewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baren Geldes und seine anderen Vermögensstücke genau zu verzeichnen, dabei den Wert der Vermögensstücke anzugeben und einen das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen; er hat demnächst in jedem Jahre ein solches Inventar und eine solche Bilanz seines Vermögens anzufertigen.

Hat der Kaufmann ein Warenlager, dessen Inventur nach der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn das Inventar des Warenlagers alle zwei Jahre aufgenommen wird.

Für Handelsgesellschaften kommen dieselben Bestimmungen in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen zur Anwendung.

Einleitung. Der Artikel ordnet die Aufstellung von **Inventur und Bilanz** an und bestimmt die **Zeit** hiefür, zunächst für den Regelfall (Abs. 1), sodann für einen Ausnahmefall (Abs. 2), und dehnt schließlich (Abs. 3) alle diese Bestimmungen auf die Handelsgesellschaften aus.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Als Regel wird vorgeschrieben, daß Inventur und Bilanz beim Geschäftsbeginn und dann alljährlich** zu ziehen sind.

a) **Begriff der Inventur und der Bilanz.** Die Inventur soll ein genaues Verzeichnis der Vermögensstücke und Schulden mit Wertangabe enthalten, und zwar nicht bloß des Geschäfts-, sondern auch des Privatvermögens, auch der Liegenschaften. Zu den Schulden gehört insbesondere auch das Rückforderungsrecht der Ehefrau auf Heiratsgut (vergl. § 3 zu Art. 31) und ebenso die Einlage des stillen Gesellschafters, soweit sie nicht absorbiert ist (das Gegenteil nimmt Puchelt irrigerweise an, Anm. 5 zu Art. 31). Einen Kaufmann, der keine Inventur aufgenommen hat, treffen die Folgen der mangelhaften Führung der Handelsbücher (KH. Slg. 789). Die Bilanz ist eine summarische kontomäßige Zusammen- und Gegenüberstellung des Aktiv- und Passivbestandes. Je nachdem die Aktiva oder Passiva überwiegen, ist ein Überschuß oder eine Unterbilanz vorhanden (Gewinn- oder Verlustsaldo), es müßte denn sein, daß zufällig Aktiva und Passiva sich die Wage halten. Die Bilanz stellt den Stand des Vermögens in einem bestimmten Zeitpunkte dar und läßt damit zugleich auch das Resultat der Geschäftsführung während der abgelaufenen Periode erkennen, letzteres durch Vergleichung mit den früheren Bilanzen (ROHG. 12, S. 17). Die Bilanz muß, um als solche zu gelten, die vom Gesetze geforderte Übersicht gewähren und auf wirklichen, nicht fingierten

[2]) Literatur: Reisch und Kreibig, Bilanz und Steuer I., S. 311 ff.

Digitized by Google

Unterlagen beruhen (Rechtsprechung des Reichsgerichtes Bd. 4, S. 594). Der Begriff der Bilanz, der dem Art. 29 zu Grunde liegt, deckt sich nicht mit dem geschäftsüblichen Begriffe der Bilanz, als einer summarischen, kontoförmigen Zusammenstellung, den mit Recht auch die Praxis der Vorschriften des Gesetzes über die Bilanz bei den verschiedenen handelsrechtlichen Vereinigungen zu Grunde legt. Art. 29 versteht seinem Wortlaute nach unter Bilanz nur die Anführung der das Reinvermögen ausweisenden Schlußsumme, die sich aus der Vergleichung der ins Inventar aufgenommenen Aktiven und Passiven ergibt (Vergl. Reisch und Kreibig S. 313). Man muß daher mit Reisch und Kreibig a. a. O. annehmen, daß das HGB. den Ausdruck Bilanz zur Bezeichnung zweier ganz verschiedener Begriffe verwendet.

§ 2.

b) **Als Zeit der Inventur und Bilanzaufstellung** ist vorgeschrieben: Sie ist zu machen: einmal bei Beginn des Handelsbetriebes, sogenannte Eröffnungs- oder Errichtungsbilanz, eine Vorschrift, die in der Kaufmannswelt nicht allgemein bekannt ist und selbst von sonst sorgsamen Kaufleuten unbeachtet bleibt. Auch der offene Gesellschafter, der das Geschäft allein übernimmt, hat eine Eröffnungsbilanz zu machen, sowohl dann, wenn die Übernahme mit dem Firmenrechte erfolgt, als ohne dies (RG. in Strafsachen 16, S. 55; 26, S. 222); auch wer durch Erbgang ein Handelsgeschäft erwirbt, muß eine Eröffnungsbilanz machen (RG. in Strafsachen 28, S. 428); desgleichen jeder Kaufmann dann, wenn er nach beendetem Konkurse ein neues Geschäft eröffnet (RG. in Strafsachen 25, S. 76; Blaschke-Pitreich S. 46; Canstein I, S. 243), nicht auch dann, wenn er nach beendetem Konkurse das alte Geschäft mit dem alten Geschäftsvermögen fortsetzt. Die Eröffnungsbilanz ist auch dann zu machen, wenn der Kaufmann ohne Vermögen seine Geschäfte beginnt, alsdann ist dieser Umstand zu verzeichnen (Rechtsprechung des Reichsgerichtes Bd. 4, S. 316—318), oder wenn das vorhandene Vermögen sich sonst aus den Büchern ergibt (RG. in Strafsachen v. 10. Juli 1890 bei Förtsch, Anm. 4). Die Vorschrift, daß die Eröffnungsbilanz bei Beginn des Geschäftes zu ziehen sei, bedeutet nicht die Konstituierung eines Zeitpunktes, sondern eines Zeitabschnittes, dessen Grenzen schon mit Rücksicht darauf nicht allzu eng zu stecken sind, weil die Bilanzaufstellung selbst ein Geschäft ist, welches mit den Vorarbeiten, Zusammenstellungen und Aufrechnungen naturgemäß einen Zeitaufwand erheischt (RG. in Strafsachen 27, S. 227). Weiterhin müssen Inventur und Bilanz alljährlich gezogen werden (sog. Betriebsbilanzen, vergl. Reisch und Kreibig I, S. 317). Daraus ergibt sich von selbst, daß normalerweise das fragliche Jahr das Geschäftsjahr sein wird. Doch soll damit nicht untersagt sein, in der Folgezeit statt des Geschäftsjahres das Kalenderjahr oder eine andere Zeitrechnung zu Grunde zu legen; nur muß, wenn das geschieht, für die durch die Änderung der Bilanzperiode entstehende Zwischenzeit eine Zwischenbilanz gezogen werden (RG. in Strafsachen 2, S. 33). Die jährliche Bilanz aber ist strikte Vorschrift. Von der deutschen Rechtsprechung wird sie dahin aufgefaßt, daß die Bilanz am Schlusse des Geschäftsjahres fertig aufgestellt sein soll (z. B. RG. in Strafsachen 2, S. 30). Allein mit Recht macht Simon (Bilanzen S. 65) darauf aufmerksam, daß hiemit in der Regel Unmögliches verlangt wird. Da sie den Vermögensstand wiedergeben soll, wie er sich am Tage des abgeschlossenen Jahres darstellt (vergl. zu a), so kann die Aufstellung von

Digitized by Google

Inventur und Bilanz naturgemäß erst an diesem Tage beginnen. Über den Zeitpunkt der Vollendung wird die kaufmännische Übung und die besondere Natur des Geschäftes entscheiden müssen (zust. Ring S. 590; auch das Reichsgericht vertritt bei der Eröffnungsbilanz nunmehr den gleichen Standpunkt, wie das oben zitierte Urteil [RG. in Strafsachen 27, S. 227] beweist; anders Petersen und Pechmann S. 532, die jedoch zugeben, das Gesetz sei nicht im Sinne einer absoluten Beendigung der Bilanz am Schlusse des Geschäftsjahres zu verstehen, vielmehr sei eine entschuldbare spätere Beendigung rechtzeitig). Für die Aktienvereine besteht über die Frist zur Aufstellung der Bilanz keine Sondervorschrift (vergl. §§ 6 und 7 zu Art. 239).

§ 3. 2. Im Abs. 2 **ist von der Pflicht jährlicher Inventarisierung eine Ausnahme gemacht**, doch eben nur in Bezug auf die Inventur, die Bilanz ist auch in diesem Falle jährlich zu ziehen (RG. in Strafsachen 1, S. 421; Blaschke-Pitreich S. 46, Randa I, S. 157). Freilich ist sie dann von geringerem Werte und nicht ohne Schwierigkeiten zu fertigen. Doch ist sie möglich. An die Stelle des Sachbefundes auf Grund der Inventur tritt die Bestandaufnahme auf Grund der vorjährigen Inventur, des Lagerbuches usw. (P. 46). Aber auch die Inventarisierung aller übrigen Vermögensstücke außer dem Warenlager muß alljährlich erfolgen.

§ 4. 3. Der Schwerpunkt des Abs. 3 liegt in der Bestimmung, daß bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften Bilanz und Inventar sich nur auf das Gesellschaftsvermögen und nicht auch auf das Privatvermögen der Gesellschaften zu beziehen haben (vergl. Rehm, DJZ., 1907, S. 318). Bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. gibt es überhaupt nur ein Gesellschaftsvermögen. Die unbeschränkte Anwendbarkeit der beiden ersten Absätze des Art. 29 auf diese Assoziationen folgt bereits aus Art. 5.

Artikel 30.

Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind dieselben zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

Der Artikel enthält **Formalvorschriften über Inventar und Bilanz.**

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Vorschrift der Unterzeichnung**, und zwar durch den Prinzipal selbst, eine Vertretung gibt es in dieser Hinsicht nicht, auch nicht durch den Prokuristen (Canstein S. 243). Bei Handelsgesellschaften müssen alle Sozien unterschreiben. Das ist ihre öffentlich-rechtliche Pflicht, aber auch ihre privatrechtliche Befugnis und ihre privatrechtliche Pflicht gegenüber den anderen Sozien. Dieses Recht und diese Pflicht können prozessualisch geltend gemacht werden (vergl. Busch, Archiv 7, S. 349). Die Pflicht insbesondere anlangend, so setzt dieselbe Richtigkeit der Inventur und Bilanz voraus. Doch wird man bei Verweigerung der Unterschrift keine Bemängelung im einzelnen verlangen können, und der Prozeß bewegt sich dann nur um die Richtigkeit derselben. Die Anerkennung der Bilanz ist wichtig wegen

Digitized by Google

der Gewinnverteilung im Bilanzjahre und in späteren Jahren, da auf die Unrichtigkeit einer einzelnen Position einer anerkannten Bilanz später nicht zurückgekommen werden kann, dies deshalb nicht, weil die Anerkennung der Bilanz Vertragsnatur hat (Bolze 12, Nr. 503). Auch der ausgeschiedene Sozius muß die in die Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft fallende Bilanz unterschreiben. Über Aktiengesellschaften vergl. § 5 zu Art. 239.

Doch ist die Unterschrift nicht derart wesentlich, daß ohne sie die Bilanz als nicht vorhanden anzusehen wäre. Ob sie gleichwohl als gezogen zu betrachten ist, entscheiden die Umstände bei ihrer Aufstellung (RG. in Strafsachen 7, S. 89; 8, S. 425). Das Gegenteil ist nicht bei AdlCl. 2146 ausgesprochen. Der auf die ununterschriebene Bilanz gegründete Klageanspruch wurde nur deshalb abgewiesen, „weil Kläger nicht behaupten konnte, daß Beklagter die Bilanz unterzeichnet oder (sic!) ausdrücklich genehmigt hat".

2. (Abs. 2.) Die hier gestattete besondere Aufstellung der Bilanz bezweckt die Möglichkeit der Versendung an zerstreut wohnende Gesellschafter (P. 46). § 2.

Artikel 31.

Bei der Aufnahme des Inventars und der Bilanz sind sämtliche Vermögensstücke und Forderungen nach dem Werte anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, uneinbringliche Forderungen aber abzuschreiben.

Der Artikel enthält die Instruktion über den Wertansatz bei Aufstellung der Inventur und Bilanz. Einleitung. Die Bedeutung dieser Instruktion ist diejenige, welche den Vorschriften des Gesetzes über die Bücherführung überhaupt zukommt (vergl. Einleitung zu Art. 28). Sie ist insofern zwingender Natur, als bei hinzutretendem Vermögensverfall eine durch ihre Nichtbefolgung verursachte Übersichtslosigkeit der Buchführung Strafe nach sich zieht. Soweit daher die Übersicht nicht beeinträchtigt wird, ist eine Abweichung von dieser Instruktion in jeder Weise einflußlos. Derartige Abweichungen sind durchaus häufig, insbesondere werden gerade von soliden Kaufleuten in durchaus guter Absicht Wertabschreibungen in einer Höhe vorgenommen, welche die wahre Wertverminderung übersteigen, erzeugte und weiter zu verarbeitende Halbfabrikate nur zum Herstellungspreise angesetzt und bei Betriebsgegenständen statt des gegenwärtigen Wertes nur ein Investitionspreis (wenn letzterer geringer ist) eingesetzt (Reisch und Kreibig I, S. 317 ff.). Gesellschaftsverträge enthalten oft bestimmte Abreden über Bilanzansätze, z. B. über einen Jahresabschreibungsprozentsatz. Solche Abreden sind gültig, soweit sie gegen das öffentliche Recht nicht verstoßen, das heißt die Übersicht über den Vermögensstand nicht beeinträchtigen. (Vergl. RG. v. 30. Apr. 1891 im Sächsischen Archiv 1, S. 499.)

Der Inhalt dieser Instruktion ist unvollständig, wie auch das ROHG. 12, S. 19 hervorhebt: sie erwähnt die Aktiva nur allgemein, die Passiva gar nicht und spricht nicht direkt aus, welcher der verschiedenen möglichen Wertbegriffe maßgebend ist. Nach allen diesen Richtungen ist eine Erläuterung erforderlich.

1. **Den Wertbegriff** anlangend, den das Gesetz im Auge hat, so ist zu unterscheiden zwischen Betriebsgegenständen und Veräußerungsgegenständen. § 1.

Digitized by Google

a) Betriebsgegenstände sind nach ihrem Gebrauchswert einzusetzen, das ist regelmäßig der Anschaffungspreis eines gleichartigen Ersatzgegenstandes. Nach dem kaufmännischen Gebrauche werden die Betriebsgegenstände nie höher, als zum Anschaffungspreise eingesetzt, Preisschwankungen nicht berücksichtigt und die im Laufe der Zeit eintretenden Entwertungen durch Abschreibungen zum Ausdrucke gebracht. Für Gesellschaften m. b. H. ist dies in § 23, Z. 3 GmbHG. gesetzlich ausgesprochen. Handelt es sich um keine Betriebsbilanz, sondern um eine sogenannte Liquidationsbilanz, so sind Betriebsgegenstände zu dem mutmaßlichen Verkaufspreise einzusetzen (Reisch und Kreibig I, S. 317 ff.). Die Judikatur der deutschen Gerichte will allgemein den Veräußerungswert entscheiden lassen (vergl. ROHG. 12, S. 19, RG. 19, S. 22, gegen den Ausspruch des ersterwähnten Erkenntnisses: „Der Bilanz liegt die Idee einer fingierten augenblicklichen Realisierung sämtlicher Aktiva und Passiva zu Grunde, wobei jedoch davon ausgegangen werden muß, daß in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern der Fortbestand des Geschäftes beabsichtigt wird und daß daher bei der Ermittlung und Feststellung der einzelnen Werte derjenige Einfluß unberücksichtigt zu lassen ist, welchen eine Liquidation auf denselben ausüben würde", vergl. Simon S. 297).

b) Veräußerungsgegenstände, worunter aber mit Reisch und Kreibig I, S. 376 nur fertige Produkte oder Waren verstanden werden können, sind grundsätzlich zu dem Veräußerungswerte im Zeitpunkte der Bilanzaufstellung einzusetzen. Hiebei wird allerdings die Gefahr, daß es zum tatsächlichen Absatze der verkaufsbereiten Waren nicht kommt, außer Betracht gelassen. Deshalb hat sich im kaufmännischen Leben die Gewohnheit gebildet, bei Inventarisierung von Veräußerungsgegenständen nie über den Anschaffungspreis hinauszugehen. § 23, Z. 2 GmbHG. spricht dies, sofern es sich nicht um börse- oder marktgängige Gegenstände handelt, gesetzlich aus (hiezu Reisch und Kreibig I a. a. O.).

§ 1 a. 2. **Für die Einstellung in die Aktiva entscheidet grundsätzlich das Eigentum des Kaufmannes zur Zeit des Bilanztages, unerheblich ist die Gewahrsam,** unerheblich auch der obligatorische Vertrag auf Eigentumsübertragung. Doch wird dieser Grundsatz hinsichtlich beweglicher Gegenstände modifiziert durch die kaufmännische Auffassung von der Zugehörigkeit einer Sache zum Handelsvermögen. Maßgebend ist, ob nach anerkannten Regeln der Buchführung der Kaufmann die Sachen als Eingang zu- oder als Ausgang abzuschreiben hat. So ist z. B. das vom Kaufmanne als Einkaufskommissär erworbene Gut juristisch sein, bilanzmäßig fremdes Vermögen (Simon, Bilanzen S. 150 ff.; Ring S. 602; zust. Canstein I, S. 245).

Im übrigen umfaßt die Bilanz körperliche und unkörperliche Güter, insbesondere auch Rechte aller Art; auch rein wirtschaftliche Güter, wie Kundschaft und Firma, sind von der Bilanz nach herrschender Lehre nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Nur muß für dieselben eine Aufwendung gemacht sein (Simon, Bilanzen S. 158 ff.; Reisch und Kreibig S. 330; Ring S. 602; Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 183, 184, 189, 260; vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 5 zu § 40). Nach Reisch und Kreibig (I a. a. O.) sind Kundschaft und Firma, sofern ihnen ein realisierbarer Vermögenswert inne wohnt, bei der Liquidationsbilanz stets zu berücksichtigen. Dem ist nicht vollkommen beizustimmen. Handelt es sich um eine Liquidation in dem vom Gesetze verstandenen Sinne (Auflösung des Geschäftes, Veräußerung des Geschäftsvermögens), so bilden Kundschaft und Firma über-

Digitized by Google

haupt keine Vermögenswerte mehr. Soll das Unternehmen als solches ganz veräußert oder einem zurückbleibenden Gesellschafter allein überlassen werden, so ist nicht nur der Wert der einzelnen Bestandteile des Geschäftsvermögens, sondern auch der Wert des geschäftlichen Unternehmens als solchem der Bilanz zu Grunde zu legen, hiebei kann natürlich die Kundschaft und der Wert der etwa vorhandenen Organisation der Produktionsmittel nicht unbeachtet bleiben (vergl. auch § 1 zu Art. 130).

3. **Für die einzelnen Vermögensbestandteile** gilt unter Zugrundelegung des im § 1 erörterten Wertbegriffes folgendes:

a) **Forderungen** sind nach ihrem gegenwärtigen Werte anzusetzen: ausländische unter Berücksichtigung des Kursstandes der auswärtigen Währung, betagte unter Berechnung des Zwischenzinses (trotz Petersen und Pechmann, Aktiengesetz S. 533), alle aber unter Berücksichtigung der Solvenz des Schuldners und der sonstigen Chancen der Realisierung: der Prozeßlage der eingeklagten Forderung, der Möglichkeit der Verfolgung bei ausländischen Schuldnern usw. Verjährte Forderungen sind nicht, wie Gareis-Fuchsberger (S. 133, Note 50) und Allfeld (S. 214) wollen, unbedingt als uneinbringliche aufzunehmen, denn die Verjährung beseitigt den Anspruch nur, wenn sie als Einwand geltend gemacht wird. Ehrenhafte Leute pflegen aber diesen Einwand nicht zu erheben, wenn sie an sich den Anspruch anerkennen müssen; nach den größeren oder geringeren Aussichten in dieser Hinsicht ist der Wert der verjährten Forderung abzuschätzen. Auch allgemeine Erwägungen, aus welchen sich die Gefahr von Verlusten ergibt, dürfen nicht einflußlos bleiben (RG. 22, S. 164). § 2.

b) **Schulden**, über welche das Gesetz nichts sagt (vergl. jetzt § 40, Abs. 2 DHGB.), will das RDHG. 12, S. 19 zu ihrem Nennwert einstellen, allenfalls nach Abrechnung des Zwischenzinses bei späterer Fälligkeit. Puchelt (Anm. 4) folgt dem und fügt hinzu, daß auf solidarisch haftende Mitschuldner keine Rücksicht zu nehmen ist, daß zu den Schulden auch Gefälligkeitswechsel gehören, nicht aber Bürgschaften und andere eventuelle Verbindlichkeiten. Allein hierin liegt kein Prinzip. Vielmehr ist für Schulden gleichfalls der wirkliche Wert, der sich mit dem Nennwerte nicht zu decken braucht, einzustellen. Daraus folgt, daß selbstverständlich auch Gefälligkeitsverbindlichkeiten jeder Art, insbesondere auch Gefälligkeitswechsel nicht außer Ansatz bleiben dürfen, aber ebensowenig andere Verbindlichkeiten mit solidarischer oder eventueller Haftung. Es kann aber andrerseits die Mithaftung von Solidarverpflichteten oder gar Prinzipalverpflichteten, sowie das Vorhandensein von Regreßansprüchen bei der Schätzung nicht ohne Einfluß bleiben (Canstein I, S. 245). Ein als Zahlung erhaltener und mit Giro weitergegebener Wechsel wird regelmäßig nicht zu buchen sein, weil der Haftung auf der einen Seite das Regreßrecht auf der anderen gegenübersteht. Das wird anders, sobald letzteres Recht problematisch wird. Verkauft ein Kaufmann sein Grundstück, auf welchem eine Hypothek von 50.000 Kronen haftet, die aber durch den Wert des Grundstückes gedeckt ist, und übernimmt der Erwerber diese Hypothek, so wird der Veräußerer, obwohl er weiter haftet, diese Schuld unter seine Passiven nicht aufnehmen (vergl. Simon, Bilanzen S. 108). Unter den Passiven zu buchen ist auch die Einlage des stillen Gesellschafters (vergl. § 1 zu Art. 29), ebenso auch die in das Eigentum des Geschäftsinhabers übergegangene Barmitgift der Ehefrau; nicht aber § 3.

Digitized by Google

ist, was Kaufleute oft unrichtig buchen, bei offenen Handelsgesellschaften die Barmitgift, die der eine Sozius bei seiner Verheiratung erhält und in die Geschäftskasse legt, zu den Passiven der Sozietät derart zu rechnen, daß die Frau dafür erkannt wird; vielmehr ist in solchem Falle Schuldner der Frau ihr Ehemann, und dem Geschäfte gegenüber bildet das Geld die Erhöhung der Einlage des verheirateten Sozius, was besonders im Konkursfalle einen wesentlichen Unterschied bildet. Nur dann kann die Frau erkannt werden, wenn sie wirklich Gläubigerin werden sollte, wenn sie etwa das Geld als Darlehen der Sozietät gegeben hat. Betagte Verbindlichkeiten sind nach ihrem zeitigen Werte zu buchen, Obligationen insbesondere nicht unbedingt zum Rückzahlungsbetrage. Beträgt derselbe viel mehr als der Emissionskurs, so bildet der Unterschied einen Teil der Vergütung für die Kapitalsnutzung; dieser Unterschied ist auf die einzelnen Jahre zu verteilen. Ist z. B. der Rückzahlungskurs 100 Prozent und der Emissionskurs unter Pari, so verfährt die Praxis richtig so, daß sie den Paribetrag in die Passiva und die Differenz der beiden Obligationsbeträge als Disagiokonto in die Aktiva stellt. Analog wird zu verfahren sein bei Emission zu Pari und Rückzahlung über Pari. Ein solcher Aktivposten ist zulässig, wenn er auch kein wahres Aktivum darstellt, sondern nur einen Bewertungsposten bildet, einen Korrektivposten gegen ein zu hoch angesetztes Passivum (Simon S. 219 ff.; Ring S. 624). Es kann freilich überall dasselbe Ergebnis dadurch erreicht werden, daß die Obligation zu dem wirklich gefundenen Werte eingestellt wird (Förtsch S. 452). Vergl. zu diesem Punkte Reisch und Kreibig I, S. 327).

§ 4. c) **Für schwebende Verbindlichkeiten** gilt folgendes: Rechtsanspruch und Buchforderung decken sich nicht immer, ebenso nicht immer rechtliche Verpflichtung und Buchschuld, weil nach der Natur der Buchführung im allgemeinen nur Ein- und Ausgänge gebucht werden. Nicht die Verträge als solche werden eingetragen, wenigstens nicht in die allgemein gebräuchlichen Handlungsbücher, allenfalls in Hilfsbücher zur Unterstützung des Gedächtnisses (vergl. z. B. das Verkaufsbrouillon in der Entscheidung des ROHG. 9, S. 119), vielmehr werden sie für die Buchführung erst relevant, wenn von einer Seite erfüllt wird, wenn die Ware geliefert oder der Preis gezahlt wird (vergl. hierüber Reisch und Kreibig I, S. 25; Simon S. 101). So werden z. B. auch die Gehaltsansprüche der Angestellten und die Mietsansprüche aus auf längere Zeit abgeschlossenen Verträgen nur insoweit als Passiva gebucht, als sie etwa rückständig sind. Indessen werden schwebende Verbindlichkeiten nicht immer zu ignorieren sein, sie können durch ihre Eigenart schon jetzt einen der Buchung werten greifbaren Vorteil oder umgekehrt eine Last des Geschäftes darstellen und müssen alsdann entsprechend gebucht werden und in der Bilanz erscheinen (ROHG. 24, S. 71, Lieferungsverträge). Dies ist der Fall, wenn es sich im Falle einer Veräußerung des Geschäftes oder Auseinandersetzung, um eine sogenannte Liquidationsbilanz im Gegensatze zur Betriebsbilanz handelt; hier soll ein der gegenwärtigen gesamten Vermögenslage möglichst nahe kommender Saldo erreicht werden (Staub, 8. Aufl., Anm. 8 zu § 40; Reisch und Kreibig I, S. 330).

§ 5. d) **Bewegliche und unbewegliche Gegenstände** kommen zu dem Werte in Ansatz, wie er in § 1 erläutert ist. Die dortselbst erwähnten periodischen Abschreibungen berücksichtigen die Tatsache, daß fast alle Betriebsgegenstände durch Benützung, Veraltung usw. eine Wertverminderung

Digitized by Google

erleiden. Die Abschreibungen, die nach Prozenten des ursprünglichen Wertes unter Rücksicht auf die wahrscheinliche Dauer des Objektes vorgenommen werden, ersparen eine alljährliche Neubewertung der Betriebsgegenstände, sie müssen der wirklichen Entwertung mindestens gleichkommen, müssen auch vorgenommen werden, wenn kein Reingewinn erzielt wird. Bei unerwarteten größeren Wertverminderungen müssen sogenannte außerordentliche Abschreibungen vorgenommen werden (Reisch und Kreibig I, §§ 282 bis 286).

Über die Vorschriften für die Aufstellung der Bilanz bei Aktiengesellschaften vergl. § 14 e zu Art. 239, bezüglich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 23 GmbHG.

Artikel 32.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen muß sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen bedienen.

Die Bücher müssen gebunden und jedes von ihnen muß Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

An Stellen, welche der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht durch Durchstreichen oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radiert, noch dürfen solche Veränderungen vorgenommen werden, bei deren Beschaffenheit es ungewiß ist, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.

Der Artikel bestimmt **die äußere Form der Handelsbücher.** **§ 1.**

1. (Abs. 1.) Die Handelsbücher müssen in einer lebenden Sprache und mit den Schriftzeichen einer solchen abgefaßt sein: **in einer lebenden Sprache**, also nicht bloß in deutscher Sprache, aber, wie anzunehmen ist, auch nicht in jeder lebenden Sprache, sondern nur in einer solchen, die dem allgemeinen Zwecke der Handelsbücher, eine Vermögensübersicht auch für Dritte zu gewähren, nicht als absolutes Hindernis entgegensteht. Man wird wohl nicht fehl gehen, wenn man annimmt, daß jede durch erreichbare Dolmetscher zu übertragende lebende Sprache gewählt werden kann. Ausgeschlossen ist die hebräische Sprache (P. 48; KassHE. 1877, bei Manz IV, Note 56 zu § 486 StG.; Hahn § 1, Note 1). § 17 der Regierungsvorlage zum EinfG. zum HGB., der ausdrücklich die hebräische Sprache ausgeschlossen hatte, wurde im Laufe der Beratungen fallen gelassen, weil er eine selbstverständliche Konsequenz aus Art. 32, dessen Erläuterung der Doktrin zu überlassen sei, ziehe (Stenogr. Prot. [1862] S. 3905); das Gleiche muß von der lateinischen Sprache gelten. Daß die sogenannte Weltsprache (Volapük) zur Zeit noch keine lebende Sprache im Sinne dieses Artikels ist, heben Gareis-Fuchsberger S. 125, Note 21 noch besonders hervor. Was die **Schriftzeichen** betrifft, so ist auch hier die jüdisch-deutsche, sogenannte Rabbinerschrift, das heißt diejenige Schrift, welche in hebräisch gezogenen Lettern die deutschen Worte wiedergibt, ausgeschlossen, ebenso die griechische, nicht aber die lateinische, weil diese zur Wiedergabe der deutschen Worte so häufig gebraucht wird, daß man sie im Sinne des

Digitized by Google

Gesetzes als Schriftzeichen der deutschen Sprache bezeichnen kann (vergl. Cwiklinski bei Gruchot 26, S. 389). Die Stenographie wird nicht genügen, weil sie nicht das ist, was der Gesetzgeber unter den Schriftzeichen der deutschen Sprache versteht. Darunter werden nur die allgemein gebräuchlichen Schriftzeichen verstanden (in allem zust. Reisch und Kreibig I, Seite 8).

§ 2. 2. (Abs. 2.) Die Bücher müssen gebunden und foliiert sein. **Lose Zettel**, selbst wenn sie, wie bei den Buchhändlern die fliegenden **Kontos**, üblich sind, sind nicht zulässig (RG. in Strafsachen 17, S. 301). **Paginierung** wird gestattet sein.

§ 3. 3. (Abs. 3.) **Regelwidrige Lücken** und Unleserlichmachung von ursprünglichen Eintragungen sind unzulässig. An sich sind Rasuren und **Korrekturen** nicht verboten, nur die Leserlichkeit dürfen sie nicht beeinträchtigen. Üblich ist die Verbesserung von Fehlern durch entgegengesetzte Buchungen (Storno) oder durch Streichung fehlerhafter Stellen mit roter Tinte (vergl. Reisch und Kreibig I, S. 8).

§ 4. 4. Der Gebrauch der Tinte ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Daher können auch Bleistiftaufzeichnungen gemacht werden, soweit sie keine Übersichtslosigkeit erzeugen (vergl. ROHG. 18, S. 231; dagegen Randa I, S. 159).

§ 5. **Zusatz. Zuwiderhandlungen** gegen diese Vorschriften, über welche dieser Artikel nichts sagt, schwächen einmal die Beweiskraft — in welchem Maße, entscheidet der einzelne Fall, vergl. die Art. 34, 35, 36 — können aber auch so erheblich sein, daß sie den Tatbestand der unordentlichen Buchführung in strafrechtlichem Sinne ausmachen; sie können endlich unter Umständen auch den Tatbestand des Betruges, begangen durch Urkundenfälschung, bilden (RG. in Strafsachen 4, S. 4).

Artikel 33.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher während zehn Jahren, von dem Tage der in dieselben geschehenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe, sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

Der Artikel schreibt die **Aufbewahrungspflicht der Handelsbücher vor.**

1. Sie dauert zehn Jahre, datierend vom Tage der letzten Eintragung, bei Handelsbriefen, wie angenommen werden muß, vom Tage des Einganges oder Ausganges eines jeden Briefes, bei Bilanzen vom Tage der Aufstellung.
2. Sie ist zu erfüllen auch **nach aufgelöstem Handelsgeschäft** (P. 49; Art. 145, 172, 246).
3. Vernichtung vor der Zeit führt bei hinzutretendem Vermögensverfall **Bestrafung** herbei (§ 486, lit. d StG.).
4. Auf Belege (Fakturen, Wechsel, Quittungen) findet die Aufbewahrungsvorschrift keine Anwendung (P. 49 und 936; Puchelt-Förtsch, Anm. 4; Hahn § 1; vergl. § 3 zu Art. 28; Blaschke-Pitreich S. 49).
5. Über den Einfluß des Ablaufes der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist auf die Editionspflicht siehe § 4 zu Art. 37.

Digitized by Google

Artikel 34.[3])

Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher liefern bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Maß der Beweiskraft beizulegen, ob in dem Falle, wo die Handelsbücher der streitenden Teile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Teiles eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei.

Ob und inwiefern die Handelsbücher gegen Nichtkaufleute Beweiskraft haben, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

§ 295 ZPO.

Die Voraussetzungen, die Dauer und das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher, der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler sind nach den bestehenden Gesetzen zu beurteilen. Eine erforderliche Ergänzung des Beweises kann nur durch die nach diesem Gesetze zulässigen Beweismittel stattfinden.

Den Handelsbüchern, welche außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes nach den am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften geführt werden, kommt eine Beweiskraft nicht in größerem Maße und nicht auf eine längere Dauer zu, als an jenem Orte den im Geltungsgebiete dieses Gesetzes geführten Handelsbüchern eingeräumt wird.

Inwiefern ein über den Betrieb einer Wirtschaft, eines Gewerbes oder eines anderen geschäftlichen Unternehmens geführtes Buch in Beziehung auf seinen Inhalt und die den Eintragungen zu Grunde liegenden Akte und Geschäfte Beweis macht, hat das Gericht nach § 272 zu beurteilen.

Einleitung.

Was die Stellung der Handelsbücher im Systeme der Beweismittel betrifft, so wird der Beweis durch Handelsbücher von der Theorie übereinstimmend als **Urkundenbeweis** angesehen (vergl. Schuster, GZ. 1895, S. 4; Schulze, WZ. XXII, passim; Kreis, JBl. 1897, Nr. 5; Behrend S. 298; R. Pollak, Zivilpr. § 118). Die ZPO. hat sich dieser Theorie angeschlossen und erwähnt die Handelsbücher (§ 295) im Abschnitte vom Urkundenbeweise. Daraus läßt sich der wichtige Satz ableiten, daß auf den Beweis durch Handelsbücher alle Vorschriften der ZPO. über den Urkundenbeweis Anwendung finden, soweit nicht aufrecht erhaltene Bestimmungen des HGB. entgegenstehen oder soweit es sich nicht um Bestimmungen handelt, die sich, wie z. B. § 294 ZPO., bloß auf die vom Aussteller unterschriebene Urkunden beziehen (vergl. Behrend S. 298). So bildet z. B. die Fälschung eines im Prozesse als Beweismittel verwendeten Handelsbuches als Fälschung einer Urkunde den Grund zur Wiederaufnahmsklage nach § 530, Z. 1 ZPO., ohne Rücksicht, ob die andere Prozeßpartei an der Fälschung teilgenommen oder von derselben Kenntnis hatte.

Die Art. 34, 35 und 36 betreffen die Beweiskraft der Handelsbücher, sie sind getragen von einer, wenn auch nicht mehr engherzigen, so doch formalen

[3]) Bei der folgenden Erörterung bleibt ein großer Teil der österreichischen einschlägigen Judikatur, der eine Anzahl durch die neue ZPO. gegenstandslos gewordener Streitfragen betrifft, unberücksichtigt. Da eine Erörterung dieser Artikel nur im Zusammenhange mit den einzelnen auf dieselben bezugnehmenden Stellen der ZPO. möglich ist, so werden die bezüglichen Gesetzesstellen unmittelbar nach dem zu erläuternden Titel des HGB. angeführt.

Digitized by Google

Theorie, indem sie vorschreiben, daß den Büchern regelmäßig nur unvollständige Beweiskraft zukomme, ausnahmsweise volle oder gar keine Beweiskraft. Mit dem Inkrafttreten der neuen Prozeßgesetze und der sie beherrschenden freien Beweistheorie (§ 272) war die Aufhebung dieser formellen Beweisregeln geboten. Die Regierungsvorlage zur ZPO. hat diese Konsequenz auch teilweise gezogen und in § 306 (entspricht dem § 295 ZPO.) bestimmt, daß zwar die Voraussetzungen und die Dauer der Beweiskraft nach dem HGB. zu beurteilen sind, aber das Maß der den Handelsbüchern zukommenden Beweiskraft nach § 282 (entspricht dem § 272 ZPO.) zu würdigen ist. Die Unmöglichkeit, in einem Verfahren mit freier Beweiswürdigung die Wirkung eines „unvollständigen Beweises gesetzlich vorzuschreiben", wurde in den Regierungsmotiven ausdrücklich hervorgehoben (Mat. I, S. 307), und ganz richtig heißt es an derselben Stelle: „Deshalb wird durch § 306 nur statuiert, was faktisch eintreten würde, wenn man im Gesetze an dem durch die Handelsbücher zu erbringenden unvollständigen Beweise festhalten würde." Die Richtigkeit dieses Satzes bleibt unberührt, trotzdem der Gesetzgeber im Verlaufe der Kodifikation einen anderen Standpunkt angenommen hat und über Beschluß der gemeinsamen Konferenz im § 295 ZPO. die Bestimmung Aufnahme fand, daß außer Voraussetzungen und Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher auch das Maß der letzteren nach dem HGB. zu beurteilen sei, „um die Handelsbücher vor der Eventualität vollständiger Entwertung ihrer Beweiskraft durch unrichtige Handhabung und Übertreibung des Grundsatzes freier Beweisprüfung zu schützen" (aus dem gem. Berichte bei Mat. II, S. 327). Eine praktische Folge kann diese Gesetzesbestimmung nicht nach sich ziehen; denn Art. 34 räumt dem Richter bei Beurteilung der Beweiskraft der Handelsbücher ein so weites Ermessen ein, daß die an die Spitze dieses Artikels gestellte Regel, daß die Bücher einen unvollständigen Beweis liefern, lediglich eine theoretische Einschränkung der freien Beweiswürdigung bedeutet. Der innere Grund der Beweiskraft der Handelsbücher und die besondere Glaubwürdigkeit, welche ihnen von jeher beigemessen wurde, beruht darauf, daß die kaufmännische Buchführung wegen der Geschlossenheit und des Ineinandergreifens der Beurkundungen eine höhere Garantie von Wahrheit enthalte (vergl. auch Regierungsmotive Mat. a. a. O.). Dieses innere Moment hätte der Richter aber auch ohne gesetzliche Anordnung auf Grund seiner freien Beweiswürdigung berücksichtigen müssen; der etwa möglichen Anschauung, daß vom Beweisführer selbst herrührende Urkunden zu seinen Gunsten keine Beweiskraft haben, tritt — zumal wenn die Urkunden in zusammenhängenden Aufschreibungen bestehen — ohnehin § 295, Abs. 3 ZPO. entgegen. Treffend führen die Regierungsmotive (Mat. I, S. 307) diesbezüglich aus: „Die Grundsätze über die Beweiskraft der Handelsbücher beruhen nicht so sehr auf dem Gegenstande des Unternehmens, als vielmehr auf der Art der Evidenzhaltung der Buchführung über den Kapitalstock und den Erwerb. Ob auch die bei anderen wirtschaftlichen Unternehmungen geführten Bücher den Handelsbüchern gleichzustellen sind, kann nur konkret beurteilt werden. Ist dies der Fall, so wird der Richter nicht gehindert, dieselben in Ansehung ihrer Beweiskraft den Handelsbüchern gleichzuhalten." So kann in der Bestimmung, daß auch das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher nach dem HGB. zu beurteilen ist, nicht eigentlich ein disponierender Rechtssatz, sondern bloß eine an den Richter gerichtete Mahnung erblickt werden, sich die angeführten inneren Gründe, die für eine besondere Beweiskraft der Handelsbücher sprechen, immer vor Augen zu halten.

Was demnach die Beweiskraft betrifft, so wird es im praktischen Erfolge ganz gleichgültig sein, ob in einem bestimmten Falle die allgemeinen Regeln der ZPO. über den Urkundenbeweis oder die besonderen Bestimmungen des HGB.

Digitized by Google

über den Beweis durch Handelsbücher zur Anwendung gelangen (a. M. Randa I, S. 160; R. Pollak, Zivilpr., S. 589). Können letztere nicht angewendet werden, weil der Buchführer kein Kaufmann ist oder weil das Buch kein Handelsbuch im technischen Sinne bildet oder weil es sich um keine Streitigkeit in einer Handelssache handelt, so kommt das als Beweismittel benützte Aufschreibebuch zwar nicht als Handelsbuch, wohl aber als „ein über den Betrieb . . . eines Gewerbes oder eines anderen geschäftlichen Unternehmens geführtes Buch" im Sinne des § 295, Abs. 3 ZPO. in Betracht, und wenn dieses Buch nach den für Handelsbücher geltenden technischen Grundsätzen geführt erscheint, so wird ihm der Richter kraft seines freien Ermessens (§§ 272, 295, Abs. 3 ZPO.) auch dasselbe Maß an Beweiskraft zuerkennen wie einem eigentlichen Handelsbuche, wie dies auch in der angeführten Stelle aus den Regierungsmotiven (Mat. I, S. 307) ausdrücklich betont ist. Trotzdem ist es notwendig, die Voraussetzungen, unter denen die Handelsbücher als solche Beweiskraft besitzen, hervorzuheben, weil eine Anzahl der Bestimmungen des HGB. über den Buchbeweis, die in der ZPO. ausdrücklich aufrechterhalten wurden, einige — allerdings geringfügige und der praktischen Bedeutung oft entbehrende — Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften der ZPO. über Beweis und Urkundenbeweis enthalten.[4])

Unter welchen Voraussetzungen bilden Handelsbücher als solche ein Beweismittel? § 1.

1. **Nicht alle von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes geführten Bücher sind Handelsbücher im Sinne der Art. 34 ff.** Zu denselben gehören einmal die gesetzlich vorgeschriebenen Bücher, die zur Gewährung einer Vermögensübersicht notwendig sind, dann aber auch die Hilfsbücher, z. B. die Strazza oder das Prima-Notabuch (AdlCl. 768; dagegen AdlCl. 817); auch das Kopierbuch gehört hieher (Prot. 45; AdlCl. 768, 1050; Blaschke-Pitreich S. 50; dagegen AdlCl. 843). Hingegen gehören nicht zu den Handelsbüchern die Aufzeichnungen und Verrechnungen, welche zur Erleichterung der Manipulation von den im Geschäfte verwendeten Personen unter sich gepflogen werden (AdlCl. 261, 264; Blaschke-Pitreich a. a. O.); ebensowenig gehören die Gegenbücher, Beibücher, Kontobücher zu den Handelsbüchern, da sie nur den geschäftlichen Verkehr mit bestimmten Personen betreffen. Alle diese nicht zu den Handelsbüchern gehörenden Bücher und Aufschreibungen können aber teils als gewöhnliche Urkunden, teils als im Betriebe eines Gewerbes oder geschäftlichen Unternehmens geführte Bücher zu einem den Handelsbüchern gleichwertigen Beweismittel werden (vergl. Einleitung).
2. **Die Handelsbücher müssen, um als solche Beweiskraft zu besitzen, ordnungsmäßig geführt sein.** Hierüber vergl. die Erläuterungen zu Art. 28, 32 und 35. § 2.

[4]) § 22, Abs. 2 GenG. bestimmt, daß den nach Vorschrift des HGB. geführten Büchern der Genossenschaft das den Handelsbüchern nach Art. 34 HGB. und §§ 19 ff. EinfG. zum HGB. eingeräumte Maß an Beweiskraft zukommen. Betreibt die Genossenschaft Handelsgeschäfte (§ 13 GenG.), so sind ihre Bücher Handelsbücher und deren Beweiskraft richtet sich je nach der Höhe der Erwerbsteuer nach Art. 34 HGB. oder nach §§ 19 ff. EinfG. (vergl. Randa I., S. 93). In seiner Anwendung auf die handeltreibende Genossenschaft trifft § 22 GenG. eine selbstverständliche Bestimmung die angesichts des § 295, Abs. 1 ZPO. auch weiter wirksam ist, da eben die Bücher der ein Handelsgewerbe betreibenden Genossenschaft als Handelsbücher anzusehen. Der Schwerpunkt des § 22 GenG. liegt in der Bestimmung, daß auch den Büchern der kein Handelsgewerbe betreibenden Genossenschaft ein bestimmtes Maß von Beweiskraft eingeräumt ist (vergl. Randa I., S. 161, Nr. 41) und dieser Bestimmung ist als eine gesetzliche Beweisregel durch die ZPO. derogiert; den § 295, Abs. 1, bezieht sich nur auf Handelsbücher (vergl. R. Pollack, Zivilpr., S. 589).

Digitized by Google

§ 3. 3. **Handelsbücher beweisen als solche nur bei Streitigkeiten über Handelssachen.** Über den Begriff der Handelssache vergl. § 1 zu Art. 1. Der Begriff der Handelssache ist auch hier von der Zuständigkeit des Gerichtes unabhängig. Es finden daher die Bestimmungen über den Beweis durch Handelsbücher Anwendung, auch wenn die Rechtssache nicht vor dem Kaufmalgerichte, sondern vor dem allgemeinen Gerichtsstande verhandelt wird (Blaschke-Pitreich S. 51; Randa I, S. 163), was früher oft mit Unrecht verneint wurde (z. B. in AdlCl. 650, 760). Andrerseits betrifft der Rechtsstreit nicht schon deshalb eine Handelssache, weil er vor dem zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit berufenen Gerichte verhandelt wird, ohne daß die Rechtssache in materiellrechtlichem Sinne als Handelssache zu bezeichnen ist (AdlCl. 246, 312, 520; Blaschke-Pitreich S. 51). Wechselrechtliche Streitigkeiten werden daher als Handelssachen nur dann und insoweit anzusehen sein, als materielles Handelsrecht bei ihnen zur Anwendung gelangt (AdlCl. 568, 635; Blaschke-Pitreich S. 51; vergl. Hahn § 8 zu Art. 34). Es ist aber — worauf schon bei § 1 zu Art. 1 hingewiesen wurde — zu beachten, daß aus der Zuweisung einer Rechtssache vor die Handelsgerichtsbarkeit sich oft deren Qualität als Handelssache unmittelbar ergibt, wenn nämlich in der betreffenden Gesetzesstelle gleichzeitig das fragliche Rechtsverhältnis unmittelbar als Handelssache erklärt wurde. Die den Handelsbüchern gleiche Beweiskraft der Bücher der kaufmännischen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bezieht sich nach § 22 GenG. auf alle Streitigkeiten aus gesetzlich gestatteten Geschäften, ohne daß eine Streitigkeit über eine Handelssache vorliegen muß (Stroß, Genossenschaftsrecht S. 119; vergl. oben Anm. 4).

§ 4. 4. **Die Vorschriften über den Buchbeweis kommen nach dem HGB. nur zwischen Vollkaufleuten zur Anwendung** (vergl. § 9 zu Art. 10). Die Bücher von Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind ohne Rücksicht auf die Höhe der Steuerleistung des Buchführers als Bücher von Vollkaufleuten anzusehen (§ 61, Abs. 3 GmbHG.). Nach §§ 19 und 20 EinfG. zum HGB. kommt jedoch auch den Büchern der Minderkaufleute und denen der Vollkaufleute eine Beweiskraft von beschränkter Dauer zu (hierüber siehe Zusatz 1 zu diesem Artikel). Liegt eine Streitigkeit über eine Handelssache vor, so ist die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf die Bücher der streitenden Teile beschränkt, so kommt in gleichem Maße auch den Büchern eines Dritten zu, wenn er dieselben freiwillig oder auf Grund einer bestehenden Editionspflicht vorlegt (Canstein I, S. 263).[5])

§ 5. **Handelsbücher liefern einen unmittelbaren Beweis über Tatsachen, aber nicht für die Richtigkeit der in denselben ausgedrückten rechtlichen Ansichten,** daher nicht über den Umstand, ob der Empfang oder die Absendung einer Ware rechtzeitig erfolgte, ob der Empfänger zum Empfange einer Ware berechtigt war usw. (AdlCl. 541, 617); denn nur Tatsachen, jedoch nicht rechtliche Konklusionen sind Gegenstand des Beweises. Finden sich aber in den Büchern derartige Eintragungen, die sich nicht als tatsächliche Beurkundungen, sondern nur

[5]) Die Absicht, den Handelsbüchern den Fortbestand ihrer Beweiskraft gegen dritte Personen zu sichern, wird auch als einer der Gründe für die Aufrechterhaltung der Bestimmung des HGB. über das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher in dem Berichte der gemeinsamen Konferenz (Mat. II., S. 327) angeführt. Hiebei wurde aber anscheinend übersehen, daß schon nach der Fassung des § 304 der Regierungsvorlage (entsprechend dem § 294 ZPO.) es dem Richter freigestellt war, von dritten im Prozesse nicht beteiligten Personen herrührende Urkunden im Prozesse als Beweismittel zu benützen und deren Beweiskraft nach freiem Ermessen zu beurteilen.

Digitized by Google

als schriftliche Niederlegungen der subjektiven Auffassung des Buchführers darstellen, so kann der Richter auf Grund seiner freien Beweiswürdigung unter Berücksichtigung verschiedener Umstände, z. B. der Person, der bekannten Eigenschaften des Buchführers, in derlei Eintragungen ein Indiz dafür erblicken, daß sich die Tatsache, die zu dem eingetragenen rechtlichen Schlusse führt, wirklich zugetragen hat (Behrend S. 299).

Das Briefkopierbuch beweist zunächst nur, daß die darin enthaltenen Briefe expediert sind; daß sie abgesandt sind, ist daraus allein nicht zu entnehmen (Behrend § 42, Anm. 50 geht darin zu weit), am allerwenigsten, daß sie auch angekommen sind. Für die Absendung wird man vielleicht eine Vermutung aufstellen dürfen (Allfeld S. 185), eine Vermutung für die Ankunft eines Briefes auf Grund der vermuteten Absendung aber geht jedenfalls zu weit (Allfeld S. 186). Doch wird das Kopierbuch von wertvoller Bedeutung, wenn an sich feststeht, daß an einem bestimmten Tage ein Brief abgesandt wurde und angekommen ist und nur sein Inhalt zweifelhaft ist.

Über den Grad der Beweiskraft sagt Art. 34, Abs. 1, daß der Beweis in der Regel ein unvollständiger ist.[6]) Art. 34, Abs. 1 nennt jedoch einige Momente, welche auf die Glaubwürdigkeit der Handelsbücher von Einfluß sind und bewirken, daß den Handelsbüchern nur ein geringeres Maß oder auch ein höheres Maß an Beweiskraft zuerkannt wird, und die letztere kann so hoch sein, daß der Richter die volle Überzeugung von der Richtigkeit des Bucheintrages gewinnt (Hahn S. 219). In der Einleitung zu diesem Artikel wurde bereits bemerkt, daß die richtige Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der freien Beweiswürdigung der Natur der Sache nach zu demselben Ergebnis führen müßte, als die Anwendung der aufrechterhaltenen, scheinbar formellen, in Wahrheit aber dem freien richterlichen Ermessen vollkommen Spielraum lassenden Beweisregeln des Art. 34; als wertvolle Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen bleiben dieselben noch immer beachtenswert, eine andere selbständige Bedeutung kommt ihnen angesichts des § 272 ZPO. nicht zu. § 6.

Die Würdigung der Beweiskraft der Handelsbücher unterliegt grundsätzlich in gleicher Weise dem freien richterlichen Ermessen, **mag es sich um einen Beweis zu Gunsten des Buchführers oder gegen denselben handeln.** Es wurde früher vielfach behauptet, daß Handelsbücher gegen den Aussteller einen vollständigen Beweis machen (dagegen Canstein I, S. 260). Würde sich diese Ansicht auf eine allgemeine Bestimmung des HGB. gründen lassen, so wäre sie angesichts der Bestimmung des § 295, Abs. 1 ZPO. auch heute zutreffend. Das HGB. enthält aber keine derartige Bestimmung. Wenn behauptet wird, daß nach Art. 37 bei Nichtbefolgung des Editionsauftrages schon der vermutete Inhalt der Bücher des ungehorsamen Gegners gegen diesen vollen Beweis mache, dies daher um so mehr für den durch richterlichen Augenschein festgestellten Inhalt der Bücher des Gegners gelten müsse, so läßt sich dieser Argumentation einfach entgegenhalten, daß das Präjudiz des Art. 37 nicht darin besteht, daß die behauptete, unter Buchbeweis gestellte Tatsache, sondern der behauptete Buchinhalt infolge Ungehorsams des Gegners gegen den Editionsauftrag für erwiesen angenommen wird (vergl. zu Art. 37). Aus der ZPO. läßt sich aber die unbedingte Beweiskraft einer Urkunde gegen den Aussteller nicht ableiten, da nach § 294 ZPO. die Würdigung, welche Bedeutung es hat, ob eine Urkunde zu Gunsten des Aus-

[6]) Etwas Besonderes gilt von den Büchern, die von der österreichisch-ungarischen Bank geführt werden, denselben kommt nach Art. 96 der Bankstatuten die Beweiskraft öffentlicher Urkunden zu.

Digitized by Google

stellers oder gegen denselben benützt wird, vom freien richterlichen Ermessen abhängig ist (Regierungsmative, Kreis a. a. O.). Damit soll nicht gesagt sein, daß der Richter nicht unter Umständen einer zu Ungunsten des Buchführers sprechenden Eintragung eine erhöhte Bedeutung beimessen kann. Sind Handelsbücher oder Buchauszüge dem Gegner animo profitendi vorgelegt worden, so liegt neben dem Urkundenbeweise noch Beweis durch außergerichtliches Geständnis vor, dessen Würdigung nach § 266 ZPO. ebenfalls dem freien richterlichen Ermessen überlassen ist. Die Frage, wann in einer solchen Vorlegung oder Mitteilung ein selbständiger Verpflichtungsgrund gelegen ist, betrifft das materielle Recht.

§ 7. **Eine Ergänzung des Buchbeweises ist notwendig,** wenn der Richter auf Grund des Buches und der begleitenden Umstände nicht die Überzeugung von der Richtigkeit der Behauptung des Beweisführers gewinnen kann. Nach § 295, Abs. 1 kann eine solche Ergänzung nur durch die Beweismittel der ZPO. erfolgen. Keines derselben ist grundsätzlich ausgeschlossen; hauptsächlich wird die Vernehmung der Parteien zur Beweisführung in Betracht kommen. Der Ergänzungsbeweis muß durch besonderen Beweisbeschluß angeordnet werden. Mit dem Wegfalle des sententionierten Parteieneides hat die Streitfrage (Literatur und Rechtsprechung bei Blaschke-Pitreich S. 53) über die Fassung des „Bucheides" an Bedeutung verloren. Hat der Richter auf Grund der Handelsbücher die Überzeugung von der unter Beweis gestellten Tatsache nicht erlangen können, so wird über dasselbe Beweisthema ein neuer Beweisbeschluß ergehen; bei der Beweisaufnahme können nach freiem richterlichen Ermessen an den Zeugen oder an die zur Beweisführung vernommene Partei sowohl Fragen über die zu beweisende Tatsache als auch über die Umstände gestellt werden, die für den Rechtsstreit und die Genauigkeit der Buchführung maßgebend sind. Im ersteren Falle ist der Ergänzungsbeweis direkter Beweis, im letzteren Falle Indizienbeweis.

§ 8. **Die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher zwischen Vollkaufleuten ist nach dem HGB. eine unbeschränkte.** Aus der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist des Art. 33 kann nicht auf eine gleiche Befristung der Beweiskraft geschlossen werden (Blaschke-Pitreich S. 53; Canstein I, S. 261). Hinsichtlich des Buchbeweises zwischen Vollkaufleuten ist demnach die Aufrechthaltung der Bestimmungen über die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher ohne jede Bedeutung. Hinsichtlich der Minderkaufleute siehe Zusatz zu diesem Artikel. Nicht zu verwechseln mit der Befristung der Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher ist die etwaige Befristung der Editionsfrist; letztere kann erloschen sein und erstere noch bestehen bleiben (siehe hierüber zu Art. 37).

§ 9. **Zusatz 1.** Über den Beweis durch Bücher der Minderkaufleute und durch Handelsbücher gegen Nichtvollkaufleute handeln die durch § 295, Abs. 1 ZPO. ebenfalls aufrechterhaltenen §§ 19 und 20 des EinfG. zum HGB. Dieselben lauten:

§ 19 EinfG. zum HGB.

Die im Art. 34 des Handelsgesetzbuches bestimmte Beweiskraft kommt den Handelsbüchern solcher Kaufleute, bei welchen die Voraussetzung des § 7 dieses Einführungsgesetzes eintritt, auch gegen Nichtkaufleute, jedoch gegen diese mit der Beschränkung zu, daß sich die Beweiskraft bloß auf die Dauer von einem Jahre und sechs Monaten seit der Entstehung der im Buche als unberichtigt offen gebliebenen Forderung erstreckt.

Digitized by Google

§ 20 EinfG. zum HGB.

Den Büchern der Kaufleute, bei welchen die Voraussetzung des § 7 dieses Einführungsgesetzes nicht eintritt, kommt, wenn dieselben nach den Erfordernissen des Art. 32 des Handelsgesetzbuches und in solcher Weise geführt sind, daß der Stand ihrer Geschäfte daraus vollständig zu ersehen ist, die im vorigen Paragraphen bestimmte Beweiskraft auf die Dauer von einem Jahre und sechs Monaten gegen jedermann zu.

Beide Gesetzesstellen enthalten eine Erweiterung der Beweiskraft der Handels- § 10.
bücher gegenüber dem HGB., befristen aber gleichzeitig diese Beweiskraft.

I. Den Handelsbüchern der Vollkaufleute steht nach § 19 auch eine zeitlich beschränkte Beweiskraft gegen Nichtkaufleute zu. § 11. Unter Nichtkaufleuten sind auch Minderkaufleute zu verstehen. Denn nach dem HGB. beweisen Handelsbücher nur unter der Voraussetzung, daß beide Parteien Vollkaufleute sind (vergl. § 9 zu Art. 10 und § 4 zu Art. 34). Wenn aber § 19 eine Abweichung vom HGB. im Sinne des Art. 34, Abs. 3 dahin enthält, daß er den Handelsbüchern der Vollkaufleute auch Beweiskraft gegen Nichtkaufleute einräumt, so folgt argumento a minor ad maius, daß ihnen die gleiche Beweiskraft auch gegen Minderkaufleute zukommt. Der gleichen Ansicht Canstein S. 261, AdlEl. 856, 1270; Randa I, S. 164, N. 40; dagegen Blaschke-Pitreich S. 53; AdlEl. 1242; Ofner, JBl. 1900, Nr. 1, erklärt die Frage für zweifelhaft. Die Ansicht, daß die Beweiskraft der Handelsbücher der Vollkaufleute gegen Minderkaufleute nach Art. 34 und nicht nach § 19 EinfG. zu beurteilen ist, wird oft damit begründet, daß § 19 nur in Ansehung der Nichtkaufleute, nicht in Ansehung der Minderkaufleute eine Befristung enthalte (so auch AdlEl. 1242). § 19 enthält aber keine Einschränkung des Satzes, daß Handelsbücher der Vollkaufleute zeitlich unbeschränkt beweisen, sondern eine Ausnahme von dem Satze, daß Handelsbücher gegen Personen, auf die die Vorschriften des HGB. über die Handelsbücher keine Anwendung finden, gar nicht beweisen; unter diesen Personen sind aber ebenso Nichtkaufleute als auch Kaufleute zu verstehen, hinsichtlich derer Art. 10, und § 7 EinfG. die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Handelsbücher grundsätzlich ausschließen (Behrend S. 197, 297). Zeitlich eingeschränkt ist aber nur die Beweiskraft, soweit es sich um einen Beweis zu Gunsten des Buchführers handelt. Von einer Beweiskraft gegen den Buchführer spricht § 19 EinfG. überhaupt nicht. Dieselbe ist eben schon nach dem HGB. zeitlich unbeschränkt, gleichgültig, ob der Beweis zu Gunsten eines Vollkaufmannes, Minderkaufmannes oder Nichtkaufmannes erbracht werden soll (AdlEl. 85, 283, 848, 907; Behrend S. 300; dagegen AdlEl. 1102).

II. Den Büchern der Minderkaufleute ist in § 20 unter bestimmten Voraussetzungen eine ihnen nach dem HGB. nicht zukommende Beweiskraft von zeitlich beschränkter Dauer eingeräumt. § 12.

1. Der Buchführer muß Kaufmann im Sinne des Art. 4 sein; es wird nur von dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 7 EinfG., die die Vollkaufmannsqualität begründen, das heißt, es wird von einer bestimmten Höhe der Steuerleistung abgesehen. Der Hausierer ist Minderkaufmann ohne Rücksicht auf Steuerleistung; von ihm kann man daher nicht sagen, daß bei ihm die Voraussetzungen des § 7 EinfG. nicht zutreffen. Ein etwa von einem Hausierer im Betriebe seines Gewerbes geführtes Buch fällt daher nicht unter § 20 EinfG.

Digitized by Google

2. Die Bücher müssen so geführt sein, daß daraus der Stand des Geschäftes zu ersehen ist; sonst könnte der Sache nach überhaupt nicht von einem dem Handelsbuche ähnlichen Beweismittel gesprochen werden.
3. Die Bücher müssen den formellen Vorschriften des Art. 32 entsprechen. Dies wird zwar gemäß Art. 34 auch für den Beweis durch die Bücher der Vollkaufleute gefordert. Während aber dort die Würdigung, welchen Einfluß Unregelmäßigkeiten in der Buchführung auf die Beweiskraft ausüben, gemäß Art. 35 dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist, nehmen Unregelmäßigkeiten in der Führung der Bücher der Minderkaufleute denselben die Beweiskraft als Handelsbuch überhaupt (Canstein I, S. 262). Das als Beweismittel verwendete Buch ist dann kein Handelsbuch, sondern ein Gewerbebuch im Sinne des § 295, Abs. 3, was allerdings bei Beurteilung der Beweiskraft einen praktischen Unterschied nicht machen wird (Einleitung zu Art. 34).

§ 13. III. **Die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher der Vollkaufleute gegen Minderkaufleute und Nichtkaufleute und die Dauer der Beweiskraft der Bücher der Minderkaufleute ist auf ein Jahr und sechs Monate beschränkt** seit dem Entstehen der im Buche als unberichtigt offen gebliebenen Forderung. Nach der richtigen Entscheidung des OGH. (GZ. 1895, Nr. 4) ist die 18monatliche Frist von dem Zeitpunkte an zurückzurechnen, wo von diesem Beweismittel gerichtlicher Gebrauch gemacht wurde. Die Erlöschung der Beweiskraft durch Zeitablauf ist von Amts wegen wahrzunehmen, da der Richter die Zulässigkeit und Tauglichkeit eines angebotenen Beweismittels von Amts wegen zu prüfen hat (AblCl. 522 [ZB. Nr. 5]).

§ 14. **Die Wirkung des Ablaufes der Dauer der Beweiskraft** ist lediglich die, daß das Buch nicht mehr als Handelsbuch beweist; es kann noch immer als eine nach § 295, Abs. 3 ZPO. beweisende Urkunde benützt werden. Einen faktischen Einfluß auf die Beweiskraft wird daher die Verstreichung der 18monatlichen Frist nicht mehr ausüben (vergl. Einleitung zu Art. 34), und deshalb muß die gesetzliche Aufrechterhaltung der Vorschriften über die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher für die Praxis als ganz bedeutungslos bezeichnet werden. Hauptsächlich im Hinblicke auf diese praktische Bedeutungslosigkeit der letzterwähnten Bestimmung des § 295 ZPO. hat Ofner (JBl. 1900, Nr. 1) mit großem Scharfsinne die Ansicht entwickelt, daß nach Ablauf der 18monatlichen Frist das Buch als Beweismittel überhaupt nicht mehr benützt werden kann. Ofner beruft sich darauf, daß den §§ 19 und 20 EinfG. dasselbe wirtschaftliche Motiv wie dem § 120 AGO. zu Grunde lag; es soll der Gläubiger angetrieben werden, innerhalb einer Frist, in welcher voraussichtlich beide Teile die Sache noch kennen, Zahlung zu verlangen. Daß dieses wirtschaftliche Motiv sowohl bei Schaffung der §§ 19 und 20 EinfG. als auch des § 120 AGO. zu Grunde lag, muß zugegeben werden; aber bei einer Ermittlung des Verhältnisses der §§ 19 und 20 EinfG. zur neuen ZPO. kann dieses wirtschaftliche Motiv nicht mehr in Erwägung gezogen werden. Es darf nämlich nicht vergessen werden, daß die §§ 19 und 20 EinfG. eine über Art. 34 HGB. hinausgehende Ausnahme von dem das damalige Prozeßrecht beherrschenden Grundsatze bildeten: scriptura pro scribente nihil probat; daher ist die Absicht, diese Ausnahmen möglichst einzuschränken, erklärlich. Heute aber besteht dieser Grundsatz des Beweisrechtes nicht mehr. Die Bestimmungen des Art. 34 HGB. und der §§ 19 und 20 EinfG. bilden keine Ausnahme mehr von den allgemeinen Grundsätzen der Prozeßordnung über den Urkundenbeweis (vergl. Einleitung zu Art. 34). Wenn also im Gesetze die §§ 19 und 20 und die in denselben enthaltene Befristung aufrechterhalten wurde, so können hiebei

Digitized by Google

nicht dieselben Gründe maßgebend gewesen sein, wie bei der Statutierung einer zeitlichen Befristung der Beweiskraft bei Erlassung der §§ 19 und 20 EinfG. und des denselben vorbildlichen § 120 AGO., sonst hätte ja die in § 295, Abs. 3 ZPO. grundsätzlich anerkannte Beweiskraft der Gewerbebücher, die sich oft sachlich von den Handelsbüchern gar nicht unterscheiden, in gleicher Weise befristet werden müssen (worauf Ofner selbst hinweist). Man sehe aber zu, zu welchen praktischen Konsequenzen Ofners Ansicht führen würde: Das Buch eines Vollkaufmannes gegenüber dem Nichtvollkaufmanne und das Buch eines Minderkaufmannes beweist überhaupt nur während 18 Monaten; dagegen das Buch, welches in einem kaufmännisch organisierten Gewerbe eines Nichtkaufmannes nach allen Regeln der kaufmännischen Buchführung geführt wird, dem daher faktisch die gleiche Beweiskraft wie einem Handelsbuche zukommen muß (vergl. Einleitung zu Art. 34), beweist zeitlich unbeschränkt. Das Buch des Sägewerksbesitzers, der Baumstämme aus fremdem Walde bezieht, daher Kaufmann im Sinne des Art. 4 ist, würde also gegenüber seinen nichtkaufmännischen Kunden nur 18 Monate beweisen; die Bücher des Sägewerksbesitzers, der Holz aus eigenen Wäldern verarbeitet, daher als Urproduzent nicht Kaufmann ist, genießen als Gewerbebücher im Sinne des § 295, Abs. 3 ZPO. die faktisch gleiche Beweiskraft in zeitlich unbeschränkter Dauer. Dies kann das Gesetz nicht gewollt haben, daß der bloße Umstand, daß jemand Kaufmann ist, bewirkt, daß ein sonst zulässiges und vorhandenes Beweismittel nach einer bestimmten Zeit nicht mehr benützt werden darf. Eher werden wir uns entschließen, die Bestimmung über die Aufrechthaltung der Vorschriften über die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher als praktisch ganz bedeutungslos anzusehen, wie es auch die Bestimmung über die Aufrechthaltung der Vorschriften über das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher ist.

Zusatz 2. Hinsichtlich der im Auslande geführten Handelsbücher enthält § 15. § 295, Abs. 2 ZPO. eine wichtige Abweichung von den allgemeinen über den Urkundenbeweis geltenden Regeln. Während sonst die Beweiskraft von Privaturkunden, auch wenn sie im Auslande errichtet sind, vollkommen frei nach richterlichem Ermessen zu beurteilen ist und auch keine Rücksicht darauf genommen wird, ob die Urkunde den Vorschriften des Ausstellungsortes entspricht (gemeinsamer Bericht Mat. II, S. 327) und ob ähnliche in Österreich errichtete Privaturkunden vor dem Gerichte des betreffenden auswärtigen Staates als Beweismittel angenommen werden, ist die Beweiskraft der im Auslande geführten Handelsbücher an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Dieselben müssen einmal nach den am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften geführt sein. Dieses Erfordernis aufzustellen ist richtig. Die Vorschriften über Buchführung hängen mit den gesamten Verkehrs- und Handelsverhältnissen des betreffenden Landes zusammen, und wenn man der Ansicht ist, daß die Beweiskraft der Handelsbücher zum Teile auf der genauen Einhaltung dieser Vorschriften beruht, muß man die Beobachtung der am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften verlangen, sich aber auch damit begnügen. Während aber bei der Beweiskraft ausländischer Privaturkunden (anders bei der besonderen Beweiskraft öffentlicher Urkunden) sonst von dem Momente der Gegenseitigkeit ganz abgesehen wird, wird dasselbe hier in ganz eigenartiger Weise berücksichtigt. Das Gesetz begnügt sich nicht wie sonst mit der formellen Reziprozität, sondern steht hier vollkommen auf dem Standpunkte der materiellen Reziprozität. Es wird bloß gefragt, welche Beweiskraft und Beweisdauer das inländische Handelsbuch im Auslande hat; es wird keine Rücksicht auf den Umstand genommen, daß der betreffende Staat den im eigenen Lande geführten Handelsbüchern vielleicht auch keine größere Beweiskraft und Beweisdauer zuerkennt. Eine größere Beweiskraft und eine längere Beweisdauer

Digitized by Google

Gesetzes als Schriftzeichen der deutschen Sprache bezeichnen kann (vergl. Ewiklinski bei Gruchot 26, S. 389). Die Stenographie wird nicht genügen, weil sie nicht das ist, was der Gesetzgeber unter den Schriftzeichen der deutschen Sprache versteht. Darunter werden nur die allgemein gebräuchlichen Schriftzeichen verstanden (in allem zust. Reisch und Kreibig I, Seite 8).

§ 2. 2. (Abs. 2.) Die Bücher müssen gebunden und foliiert sein. **Lose Zettel**, selbst wenn sie, wie bei den Buchhändlern die fliegenden **Kontos**, üblich sind, sind nicht zulässig (RG. in Strafsachen 17, S. 301). Paginierung wird gestattet sein.

§ 3. 3. (Abs. 3.) Regelwidrige Lücken und Unleserlichmachung von ursprünglichen Eintragungen sind unzulässig. An sich sind Rasuren und Korrekturen nicht verboten, nur die Leserlichkeit dürfen sie nicht beeinträchtigen. Üblich ist die Verbesserung von Fehlern durch entgegengesetzte Buchungen (Storno) oder durch Streichung fehlerhafter Stellen mit roter Tinte (vergl. Reisch und Kreibig I, S. 8).

§ 4. 4. Der Gebrauch der Tinte ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Daher können auch Bleistiftaufzeichnungen gemacht werden, soweit sie keine Übersichtslosigkeit erzeugen (vergl. ROHG. 18, S. 231; dagegen Randa I, S. 159).

§ 5. **Zusatz. Zuwiderhandlungen** gegen diese Vorschriften, über welche dieser Artikel nichts sagt, schwächen einmal die Beweiskraft — in welchem Maße, entscheidet der einzelne Fall, vergl. die Art. 34, 35, 36 — können aber auch so erheblich sein, daß sie den Tatbestand der unordentlichen Buchführung in strafrechtlichem Sinne ausmachen; sie können endlich unter Umständen auch den Tatbestand des Betruges, begangen durch Urkundenfälschung, bilden (RG. in Strafsachen 4, S. 4).

Artikel 33.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher während zehn Jahren, von dem Tage der in dieselben geschehenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe, sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

Der Artikel schreibt die **Aufbewahrungspflicht der Handelsbücher vor.**

1. Sie dauert zehn Jahre, datierend vom Tage der letzten Eintragung, bei Handelsbriefen, wie angenommen werden muß, vom Tage des Einganges oder Ausganges eines jeden Briefes, bei Bilanzen vom Tage der Aufstellung.
2. Sie ist zu erfüllen auch **nach aufgelöstem Handelsgeschäft** (P. 49; Art. 145, 172, 246).
3. Vernichtung vor der Zeit führt bei hinzutretendem Vermögensverfall **Bestrafung** herbei (§ 486, lit. d StG.).
4. Auf Belege (Fakturen, Wechsel, Quittungen) findet die Aufbewahrungsvorschrift keine Anwendung (P. 49 und 936; Puchelt-Förtsch, Anm. 4; Hahn § 1; vergl. § 3 zu Art. 28; Blaschke-Pitreich S. 49).
5. Über den Einfluß des Ablaufes der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist auf die Editionspflicht siehe § 4 zu Art. 37.

Digitized by Google

Artikel 34.[3])

Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher liefern bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Maß der Beweiskraft beizulegen, ob in dem Falle, wo die Handelsbücher der streitenden Teile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Teiles eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei.

Ob und inwiefern die Handelsbücher gegen Nichtkaufleute Beweiskraft haben, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen.

§ 295 ZPO.

Die Voraussetzungen, die Dauer und das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher, der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler sind nach den bestehenden Gesetzen zu beurteilen. Eine erforderliche Ergänzung des Beweises kann nur durch die nach diesem Gesetze zulässigen Beweismittel stattfinden.

Den Handelsbüchern, welche außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes nach den am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften geführt werden, kommt eine Beweiskraft nicht in größerem Maße und nicht auf eine längere Dauer zu, als an jenem Orte den im Geltungsgebiete dieses Gesetzes geführten Handelsbüchern eingeräumt wird.

Inwiefern ein über den Betrieb einer Wirtschaft, eines Gewerbes oder eines anderen geschäftlichen Unternehmens geführtes Buch in Beziehung auf seinen Inhalt und die den Eintragungen zu Grunde liegenden Akte und Geschäfte Beweis macht, hat das Gericht nach § 272 zu beurteilen.

Einleitung.

Was die Stellung der Handelsbücher im Systeme der Beweismittel betrifft, so wird der Beweis durch Handelsbücher von der Theorie übereinstimmend als **Urkundenbeweis** angesehen (vergl. Schuster, GZ. 1895, S. 4; Schulze, WZ. XXII, passim; Kreis, JBl. 1897, Nr. 5; Behrend S. 298; R. Pollak, Zivilpr. § 118). Die ZPO. hat sich dieser Theorie angeschlossen und erwähnt die Handelsbücher (§ 295) im Abschnitte vom Urkundenbeweise. Daraus läßt sich der wichtige Satz ableiten, daß auf den Beweis durch Handelsbücher alle Vorschriften der ZPO. über den Urkundenbeweis Anwendung finden, soweit nicht aufrecht erhaltene Bestimmungen des HGB. entgegenstehen oder soweit es sich nicht um Bestimmungen handelt, die sich, wie z. B. § 294 ZPO., bloß auf die vom Aussteller unterschriebene Urkunden beziehen (vergl. Behrend S. 298). So bildet z. B. die Fälschung eines im Prozesse als Beweismittel verwendeten Handelsbuches als Fälschung einer Urkunde den Grund zur Wiederaufnahmsklage nach § 530, Z. 1 ZPO., ohne Rücksicht, ob die andere Prozeßpartei an der Fälschung teilgenommen oder von derselben Kenntnis hatte.

Die Art. 34, 35 und 36 betreffen die Beweiskraft der Handelsbücher, sie sind getragen von einer, wenn auch nicht mehr engherzigen, so doch formalen

[3]) Bei der folgenden Erörterung bleibt ein großer Teil der österreichischen einschlägigen Judikatur, der eine Anzahl durch die neue ZPO. gegenstandslos gewordener Streitfragen betrifft, unberücksichtigt. Da eine Erörterung dieser Artikel nur im Zusammenhange mit den einzelnen auf dieselben bezugnehmenden Stellen der ZPO. möglich ist, so werden die bezüglichen Gesetzesstellen unmittelbar nach dem zu erläuternden Titel des HGB. angeführt.

Digitized by Google

Theorie, indem sie vorschreiben, daß den Büchern regelmäßig nur unvollständige Beweiskraft zukomme, ausnahmsweise volle oder gar keine Beweiskraft. Mit dem Inkrafttreten der neuen Prozeßgesetze und der sie beherrschenden freien Beweistheorie (§ 272) war die Aufhebung dieser formellen Beweisregeln geboten. Die Regierungsvorlage zur ZPO. hat diese Konsequenz auch teilweise gezogen und in § 306 (entspricht dem § 295 ZPO.) bestimmt, daß zwar die Voraussetzungen und die Dauer der Beweiskraft nach dem HGB. zu beurteilen sind, aber das Maß der den Handelsbüchern zukommenden Beweiskraft nach § 282 (entspricht dem § 272 ZPO.) zu würdigen ist. Die Unmöglichkeit, in einem Verfahren mit freier Beweiswürdigung die Wirkung eines „unvollständigen Beweises gesetzlich vorzuschreiben", wurde in den Regierungsmotiven ausdrücklich hervorgehoben (Mat. I, S. 307), und ganz richtig heißt es an derselben Stelle: „Deshalb wird durch § 306 nur statuiert, was faktisch eintreten würde, wenn man im Gesetze an dem durch die Handelsbücher zu erbringenden unvollständigen Beweise festhalten würde." Die Richtigkeit dieses Satzes bleibt unberührt, trotzdem der Gesetzgeber im Verlaufe der Kodifikation einen anderen Standpunkt angenommen hat und über Beschluß der gemeinsamen Konferenz im § 295 ZPO. die Bestimmung Aufnahme fand, daß außer Voraussetzungen und Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher auch das Maß der letzteren nach dem HGB. zu beurteilen sei, „um die Handelsbücher vor der Eventualität vollständiger Entwertung ihrer Beweiskraft durch unrichtige Handhabung und Übertreibung des Grundsatzes freier Beweisprüfung zu schützen" (aus dem gem. Berichte bei Mat. II, S. 327). Eine praktische Folge kann diese Gesetzesbestimmung nicht nach sich ziehen; denn Art. 34 räumt dem Richter bei Beurteilung der Beweiskraft der Handelsbücher ein so weites Ermessen ein, daß die an die Spitze dieses Artikels gestellte Regel, daß die Bücher einen unvollständigen Beweis liefern, lediglich eine theoretische Einschränkung der freien Beweiswürdigung bedeutet. Der innere Grund der Beweiskraft der Handelsbücher und die besondere Glaubwürdigkeit, welche ihnen von jeher beigemessen wurde, beruht darauf, daß die kaufmännische Buchführung wegen der Geschlossenheit und des Ineinandergreifens der Beurkundungen eine höhere Garantie von Wahrheit enthalte (vergl. auch Regierungsmotive Mat. a. a. O.). Dieses innere Moment hätte der Richter aber auch ohne gesetzliche Anordnung auf Grund seiner freien Beweiswürdigung berücksichtigen müssen; der etwa möglichen Anschauung, daß vom Beweisführer selbst herrührende Urkunden zu seinen Gunsten keine Beweiskraft haben, tritt — zumal wenn die Urkunden in zusammenhängenden Aufschreibungen bestehen — ohnehin § 295, Abs. 3 ZPO. entgegen. Treffend führen die Regierungsmotive (Mat. I, S. 307) diesbezüglich aus: „Die Grundsätze über die Beweiskraft der Handelsbücher beruhen nicht so sehr auf dem Gegenstande des Unternehmens, als vielmehr auf der Art der Evidenzhaltung der Buchführung über den Kapitalstock und den Erwerb. Ob auch die bei anderen wirtschaftlichen Unternehmungen geführten Bücher den Handelsbüchern gleichzustellen sind, kann nur konkret beurteilt werden. Ist dies der Fall, so wird der Richter nicht gehindert, dieselben in Ansehung ihrer Beweiskraft den Handelsbüchern gleichzuhalten." So kann in der Bestimmung, daß auch das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher nach dem HGB. zu beurteilen ist, nicht eigentlich ein disponierender Rechtssatz, sondern bloß eine an den Richter gerichtete Mahnung erblickt werden, sich die angeführten inneren Gründe, die für eine besondere Beweiskraft der Handelsbücher sprechen, immer vor Augen zu halten.

Was demnach die Beweiskraft betrifft, so wird es im praktischen Erfolge ganz gleichgültig sein, ob in einem bestimmten Falle die allgemeinen Regeln der ZPO. über den Urkundenbeweis oder die besonderen Bestimmungen des HGB.

Digitized by Google

über den Beweis durch Handelsbücher zur Anwendung gelangen (a. M. Randa I, S. 160; R. Pollak, Zivilpr., S. 589). Können letztere nicht angewendet werden, weil der Buchführer kein Kaufmann ist oder weil das Buch kein Handelsbuch im technischen Sinne bildet oder weil es sich um keine Streitigkeit in einer Handelssache handelt, so kommt das als Beweismittel benützte Aufschreibebuch zwar nicht als Handelsbuch, wohl aber als „ein über den Betrieb . . . eines Gewerbes oder eines anderen geschäftlichen Unternehmens geführtes Buch" im Sinne des § 295, Abs. 3 ZPO. in Betracht, und wenn dieses Buch nach den für Handelsbücher geltenden technischen Grundsätzen geführt erscheint, so wird ihm der Richter kraft seines freien Ermessens (§§ 272, 295, Abs. 3 ZPO.) auch dasselbe Maß an Beweiskraft zuerkennen wie einem eigentlichen Handelsbuche, wie dies auch in der angeführten Stelle aus den Regierungsmotiven (Mat. I, S. 307) ausdrücklich betont ist. Trotzdem ist es notwendig, die Voraussetzungen, unter denen die Handelsbücher als solche Beweiskraft besitzen, hervorzuheben, weil eine Anzahl der Bestimmungen des HGB. über den Buchbeweis, die in der ZPO. ausdrücklich aufrechterhalten wurden, einige — allerdings geringfügige und der praktischen Bedeutung oft entbehrende — Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften der ZPO. über Beweis und Urkundenbeweis enthalten.[4])

Unter welchen Voraussetzungen bilden Handelsbücher als solche ein Beweismittel? § 1.

1. **Nicht alle von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes geführten Bücher sind Handelsbücher im Sinne der Art. 34 ff.** Zu denselben gehören einmal die gesetzlich vorgeschriebenen Bücher, die zur Gewährung einer Vermögensübersicht notwendig sind, dann aber auch die Hilfsbücher, z. B. die Strazza oder das Prima-Notabuch (AdlCl. 768; dagegen AdlCl. 817); auch das Kopierbuch gehört hieher (Prot. 45; AdlCl. 768, 1050; Blaschke-Pitreich S. 50; dagegen AdlCl. 843). Hingegen gehören nicht zu den Handelsbüchern die Aufzeichnungen und Verrechnungen, welche zur Erleichterung der Manipulation von den im Geschäfte verwendeten Personen unter sich gepflogen werden (AdlCl. 261, 264; Blaschke-Pitreich a. a. O.); ebensowenig gehören die Gegenbücher, Beibücher, Kontobücher zu den Handelsbüchern, da sie nur den geschäftlichen Verkehr mit bestimmten Personen betreffen. Alle diese nicht zu den Handelsbüchern gehörenden Bücher und Aufschreibungen können aber teils als gewöhnliche Urkunden, teils als im Betriebe eines Gewerbes oder geschäftlichen Unternehmens geführte Bücher zu einem den Handelsbüchern gleichwertigen Beweismittel werden (vergl. Einleitung).
2. **Die Handelsbücher müssen, um als solche Beweiskraft zu besitzen, ordnungsmäßig geführt sein.** Hierüber vergl. die Erläuterungen zu Art. 28, 32 und 35. § 2.

[4]) § 22, Abs. 2 GenG. bestimmt, daß den nach Vorschrift des HGB. geführten Büchern der Genossenschaft das den Handelsbüchern nach Art. 34 HGB. und §§ 19 ff. EinfG. zum HGB. eingeräumte Maß an Beweiskraft zukommen. Betreibt die Genossenschaft Handelsgeschäfte (§ 13 GenG.), so sind ihre Bücher Handelsbücher und deren Beweiskraft richtet sich je nach der Höhe der Erwerbsteuer nach Art. 34 HGB. oder nach §§ 19 ff. EinfG. (vergl. Randa I., S. 93). In seiner Anwendung auf die handeltreibende Genossenschaft trifft § 22 GenG. eine selbstverständliche Bestimmung die angesichts des § 295, Abs. 1 ZPO. auch weiter wirksam ist, da eben die Bücher der ein Handelsgewerbe betreibenden Genossenschaft als Handelsbücher anzusehen. Der Schwerpunkt des § 22 GenG. liegt in der Bestimmung, daß auch den Büchern der kein Handelsgewerbe betreibenden Genossenschaft ein bestimmtes Maß von Beweiskraft eingeräumt ist (vergl. Randa I., S. 161, Nr. 41) und dieser Bestimmung ist als eine gesetzliche Beweisregel durch die ZPO. derogiert; den § 295, Abs. 1, bezieht sich nur auf Handelsbücher (vergl. R. Pollack, Zivilpr., S. 589).

Digitized by Google

§ 3. 3. **Handelsbücher beweisen als solche nur bei Streitigkeiten über Handelssachen.** Über den Begriff der Handelssache vergl. § 1 zu Art. 1. Der Begriff der Handelssache ist auch hier von der Zuständigkeit des Gerichtes unabhängig. Es finden daher die Bestimmungen über den Beweis durch Handelsbücher Anwendung, auch wenn die Rechtssache nicht vor dem Kausalgerichte, sondern vor dem allgemeinen Gerichtsstande verhandelt wird (Blaschke-Pitreich S. 51; Randa I, S. 163), was früher oft mit Unrecht verneint wurde (z. B. in AdlCl. 650, 760). Andrerseits betrifft der Rechtsstreit nicht schon deshalb eine Handelssache, weil er vor dem zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit berufenen Gerichte verhandelt wird, ohne daß die Rechtssache in materiellrechtlichem Sinne als Handelssache zu bezeichnen ist (AdlCl. 246, 312, 520; Blaschke-Pitreich S. 51). Wechselrechtliche Streitigkeiten werden daher als Handelssachen nur dann und insoweit anzusehen sein, als materielles Handelsrecht bei ihnen zur Anwendung gelangt (AdlCl. 568, 635; Blaschke-Pitreich S. 51; vergl. Hahn § 8 zu Art. 34). Es ist aber — worauf schon bei § 1 zu Art. 1 hingewiesen wurde — zu beachten, daß aus der Zuweisung einer Rechtssache vor die Handelsgerichtsbarkeit sich oft deren Qualität als Handelssache unmittelbar ergibt, wenn nämlich in der betreffenden Gesetzesstelle gleichzeitig das fragliche Rechtsverhältnis unmittelbar als Handelssache erklärt wurde. Die den Handelsbüchern gleiche Beweiskraft der Bücher der kaufmännischen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften bezieht sich nach § 22 GenG. auf alle Streitigkeiten aus gesetzlich gestatteten Geschäften, ohne daß eine Streitigkeit über eine Handelssache vorliegen muß (Stroß, Genossenschaftsrecht S. 119; vergl. oben Anm. 4).

§ 4. 4. **Die Vorschriften über den Buchbeweis kommen nach dem HGB. nur zwischen Vollkaufleuten zur Anwendung** (vergl. § 9 zu Art. 10). Die Bücher von Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind ohne Rücksicht auf die Höhe der Steuerleistung des Buchführers als Bücher von Vollkaufleuten anzusehen (§ 61, Abs. 3 GmbHG.). Nach §§ 19 und 20 EinfG. zum HGB. kommt jedoch auch den Büchern der Minderkaufleute und denen der Vollkaufleute eine Beweiskraft von beschränkter Dauer zu (hierüber siehe Zusatz 1 zu diesem Artikel). Liegt eine Streitigkeit über eine Handelssache vor, so ist die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf die Bücher der streitenden Teile beschränkt, so kommt in gleichem Maße auch den Büchern eines Dritten zu, wenn er dieselben freiwillig oder auf Grund einer bestehenden Editionspflicht vorlegt (Canstein I, S. 263).[5])

§ 5. **Handelsbücher liefern einen unmittelbaren Beweis über Tatsachen, aber nicht für die Richtigkeit der in denselben ausgedrückten rechtlichen Ansichten,** daher nicht über den Umstand, ob der Empfang oder die Absendung einer Ware rechtzeitig erfolgte, ob der Empfänger zum Empfange einer Ware berechtigt war usw. (AdlCl. 541, 617); denn nur Tatsachen, jedoch nicht rechtliche Konklusionen sind Gegenstand des Beweises. Finden sich aber in den Büchern derartige Eintragungen, die sich nicht als tatsächliche Beurkundungen, sondern nur

[5]) Die Absicht, den Handelsbüchern den Fortbestand ihrer Beweiskraft gegen dritte Personen zu sichern, wird auch als einer der Gründe für die Aufrechterhaltung der Bestimmung des HGB. über das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher in dem Berichte der gemeinsamen Konferenz (Mat. II., S. 327) angeführt. Hiebei wurde aber anscheinend übersehen, daß schon nach der Fassung des § 304 der Regierungsvorlage (entsprechend dem § 294 ZPO.) es dem Richter freigestellt war, von dritten im Prozesse nicht beteiligten Personen herrührende Urkunden im Prozesse als Beweismittel zu benützen und deren Beweiskraft nach freiem Ermessen zu beurteilen.

Digitized by Google

als schriftliche Niederlegungen der subjektiven Auffassung des Buchführers darstellen, so kann der Richter auf Grund seiner freien Beweiswürdigung unter Berücksichtigung verschiedener Umstände, z. B. der Person, der bekannten Eigenschaften des Buchführers, in derlei Eintragungen ein Indiz dafür erblicken, daß sich die Tatsache, die zu dem eingetragenen rechtlichen Schlusse führt, wirklich zugetragen hat (Behrend S. 299).

Das Briefkopierbuch beweist zunächst nur, daß die darin enthaltenen Briefe expediert sind; daß sie abgesandt sind, ist daraus allein nicht zu entnehmen (Behrend § 42, Anm. 50 geht darin zu weit), am allerwenigsten, daß sie auch angekommen sind. Für die Absendung wird man vielleicht eine Vermutung aufstellen dürfen (Allfeld S. 185), eine Vermutung für die Ankunft eines Briefes auf Grund der vermuteten Absendung aber geht jedenfalls zu weit (Allfeld S. 186). Doch wird das Kopierbuch von wertvoller Bedeutung, wenn an sich feststeht, daß an einem bestimmten Tage ein Brief abgesandt wurde und angekommen ist und nur sein Inhalt zweifelhaft ist.

Über den Grad der Beweiskraft sagt Art. 34, Abs. 1, daß der Beweis in der Regel ein unvollständiger ist.[6]) Art. 34, Abs. 1 nennt jedoch einige Momente, welche auf die Glaubwürdigkeit der Handelsbücher von Einfluß sind und bewirken, daß den Handelsbüchern nur ein geringeres Maß oder auch ein höheres Maß an Beweiskraft zuerkannt wird, und die letztere kann so hoch sein, daß der Richter die volle Überzeugung von der Richtigkeit des Bucheintrages gewinnt (Hahn S. 219). In der Einleitung zu diesem Artikel wurde bereits bemerkt, daß die richtige Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der freien Beweiswürdigung der Natur der Sache nach zu demselben Ergebnis führen müßte, als die Anwendung der aufrechterhaltenen, scheinbar formellen, in Wahrheit aber dem freien richterlichen Ermessen vollkommen Spielraum lassenden Beweisregeln des Art. 34; als wertvolle Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen bleiben dieselben noch immer beachtenswert, eine andere selbständige Bedeutung kommt ihnen angesichts des § 272 ZPO. nicht zu. § 6.

Die Würdigung der Beweiskraft der Handelsbücher unterliegt grundsätzlich in gleicher Weise dem freien richterlichen Ermessen, **mag es sich um einen Beweis zu Gunsten des Buchführers oder gegen denselben handeln.** Es wurde früher vielfach behauptet, daß Handelsbücher gegen den Aussteller einen vollständigen Beweis machen (dagegen Canstein I, S. 260). Würde sich diese Ansicht auf eine allgemeine Bestimmung des HGB. gründen lassen, so wäre sie angesichts der Bestimmung des § 295, Abs. 1 ZPO. auch heute zutreffend. Das HGB. enthält aber keine derartige Bestimmung. Wenn behauptet wird, daß nach Art. 37 bei Nichtbefolgung des Editionsauftrages schon der vermutete Inhalt der Bücher des ungehorsamen Gegners gegen diesen vollen Beweis mache, dies daher um so mehr für den durch richterlichen Augenschein festgestellten Inhalt der Bücher des Gegners gelten müsse, so läßt sich dieser Argumentation einfach entgegenhalten, daß das Präjudiz des Art. 37 nicht darin besteht, daß die behauptete, unter Buchbeweis gestellte Tatsache, sondern der behauptete Buchinhalt infolge Ungehorsams des Gegners gegen den Editionsauftrag für erwiesen angenommen wird (vergl. zu Art. 37). Aus der ZPO. läßt sich aber die unbedingte Beweiskraft einer Urkunde gegen den Aussteller nicht ableiten, da nach § 294 ZPO. die Würdigung, welche Bedeutung es hat, ob eine Urkunde zu Gunsten des Aus-

[6]) Etwas Besonderes gilt von den Büchern, die von der österreichisch-ungarischen Bank geführt werden, denselben kommt nach Art. 96 der Bankstatuten die Beweiskraft öffentlicher Urkunden zu.

Digitized by Google

stellers oder gegen denselben benützt wird, vom freien richterlichen Ermessen abhängig ist (Regierungsmative, Kreis a. a. O.). Damit soll nicht gesagt sein, daß der Richter nicht unter Umständen einer zu Ungunsten des Buchführers sprechenden Eintragung eine erhöhte Bedeutung beimessen kann. Sind Handelsbücher oder Buchauszüge dem Gegner animo profitendi vorgelegt worden, so liegt neben dem Urkundenbeweise noch Beweis durch außergerichtliches Geständnis vor, dessen Würdigung nach § 266 ZPO. ebenfalls dem freien richterlichen Ermessen überlassen ist. Die Frage, wann in einer solchen Vorlegung oder Mitteilung ein selbständiger Verpflichtungsgrund gelegen ist, betrifft das materielle Recht.

§ 7. **Eine Ergänzung des Buchbeweises ist notwendig,** wenn der Richter auf Grund des Buches und der begleitenden Umstände nicht die Überzeugung von der Richtigkeit der Behauptung des Beweisführers gewinnen kann. Nach § 295, Abs. 1 kann eine solche Ergänzung nur durch die Beweismittel der ZPO. erfolgen. Keines derselben ist grundsätzlich ausgeschlossen; hauptsächlich wird die Vernehmung der Parteien zur Beweisführung in Betracht kommen. Der Ergänzungsbeweis muß durch besonderen Beweisbeschluß angeordnet werden. Mit dem Wegfalle des sententionierten Parteieneides hat die Streitfrage (Literatur und Rechtsprechung bei Blaschke-Pitreich S. 53) über die Fassung des „Bucheides" an Bedeutung verloren. Hat der Richter auf Grund der Handelsbücher die Überzeugung von der unter Beweis gestellten Tatsache nicht erlangen können, so wird über dasselbe Beweisthema ein neuer Beweisbeschluß ergehen; bei der Beweisaufnahme können nach freiem richterlichen Ermessen an den Zeugen oder an die zur Beweisführung vernommene Partei sowohl Fragen über die zu beweisende Tatsache als auch über die Umstände gestellt werden, die für den Rechtsstreit und die Genauigkeit der Buchführung maßgebend sind. Im ersteren Falle ist der Ergänzungsbeweis direkter Beweis, im letzteren Falle Indizienbeweis.

§ 8. **Die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher zwischen Vollkaufleuten ist nach dem HGB. eine unbeschränkte.** Aus der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist des Art. 33 kann nicht auf eine gleiche Befristung der Beweiskraft geschlossen werden (Blaschke-Pitreich S. 53; Canstein I, S. 261). Hinsichtlich des Buchbeweises zwischen Vollkaufleuten ist demnach die Aufrechthaltung der Bestimmungen über die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher ohne jede Bedeutung. Hinsichtlich der Minderkaufleute siehe Zusatz zu diesem Artikel. Nicht zu verwechseln mit der Befristung der Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher ist die etwaige Befristung der Editionsfrist; letztere kann erloschen sein und erstere noch bestehen bleiben (siehe hierüber zu Art. 37).

§ 9. **Zusatz 1.** Über den Beweis durch Bücher der Minderkaufleute und durch Handelsbücher gegen Nichtvollkaufleute handeln die durch § 295, Abs. 1 ZPO. ebenfalls aufrechterhaltenen §§ 19 und 20 des EinfG. zum HGB. Dieselben lauten:

§ 19 EinfG. zum HGB.

Die im Art. 34 des Handelsgesetzbuches bestimmte Beweiskraft kommt den Handelsbüchern solcher Kaufleute, bei welchen die Voraussetzung des § 7 dieses Einführungsgesetzes eintritt, auch gegen Nichtkaufleute, jedoch gegen diese mit der Beschränkung zu, daß sich die Beweiskraft bloß auf die Dauer von einem Jahre und sechs Monaten seit der Entstehung der im Buche als unberichtigt offen gebliebenen Forderung erstreckt.

Digitized by Google

§ 20 EinfG. zum HGB.

Den Büchern der Kaufleute, bei welchen die Voraussetzung des § 7 dieses Einführungsgesetzes nicht eintritt, kommt, wenn dieselben nach den Erfordernissen des Art. 32 des Handelsgesetzbuches und in solcher Weise geführt sind, daß der Stand ihrer Geschäfte daraus vollständig zu ersehen ist, die im vorigen Paragraphen bestimmte Beweiskraft auf die Dauer von einem Jahre und sechs Monaten gegen jedermann zu.

Beide Gesetzesstellen enthalten eine Erweiterung der Beweiskraft der Handels- § 10.
bücher gegenüber dem HGB., befristen aber gleichzeitig diese Beweiskraft.

I. Den Handelsbüchern der Vollkaufleute steht nach § 19 auch eine zeitlich beschränkte Beweiskraft gegen Nichtkaufleute zu. Unter Nichtkaufleuten sind auch Minderkaufleute zu verstehen. Denn nach dem HGB. beweisen Handelsbücher nur unter der Voraussetzung, daß beide Parteien Vollkaufleute sind (vergl. § 9 zu Art. 10 und § 4 zu Art. 34). Wenn aber § 19 eine Abweichung vom HGB. im Sinne des Art. 34, Abs. 3 dahin enthält, daß er den Handelsbüchern der Vollkaufleute auch Beweiskraft gegen Nichtkaufleute einräumt, so folgt argumento a minor ad maius, daß ihnen die gleiche Beweiskraft auch gegen Minderkaufleute zukommt. Der gleichen Ansicht Canstein S. 261, AdlEl. 856, 1270; Randa I, S. 164, N. 40; dagegen Blaschke-Pitreich S. 53; AdlEl. 1242; Ofner, JBl. 1900, Nr. 1, erklärt die Frage für zweifelhaft. Die Ansicht, daß die Beweiskraft der Handelsbücher der Vollkaufleute gegen Minderkaufleute nach Art. 34 und nicht nach § 19 EinfG. zu beurteilen ist, wird oft damit begründet, daß § 19 nur in Ansehung der Nichtkaufleute, nicht in Ansehung der Minderkaufleute eine Befristung enthalte (so auch AdlEl. 1242). § 19 enthält aber keine Einschränkung des Satzes, daß Handelsbücher der Vollkaufleute zeitlich unbeschränkt beweisen, sondern eine Ausnahme von dem Satze, daß Handelsbücher gegen Personen, auf die die Vorschriften des HGB. über die Handelsbücher keine Anwendung finden, gar nicht beweisen; unter diesen Personen sind aber ebenso Nichtkaufleute als auch Kaufleute zu verstehen, hinsichtlich derer Art. 10, und § 7 EinfG. die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Handelsbücher grundsätzlich ausschließen (Behrend S. 197, 297). Zeitlich eingeschränkt ist aber nur die Beweiskraft, soweit es sich um einen Beweis zu Gunsten des Buchführers handelt. Von einer Beweiskraft gegen den Buchführer spricht § 19 EinfG. überhaupt nicht. Dieselbe ist eben schon nach dem HGB. zeitlich unbeschränkt, gleichgültig, ob der Beweis zu Gunsten eines Vollkaufmannes, Minderkaufmannes oder Nichtkaufmannes erbracht werden soll (AdlEl. 85, 283, 848, 907; Behrend S. 300; dagegen AdlEl. 1102). § 11.

II. Den Büchern der Minderkaufleute ist in § 20 unter bestimmten Voraussetzungen eine ihnen nach dem HGB. nicht zukommende Beweiskraft von zeitlich beschränkter Dauer eingeräumt. § 12.

1. Der Buchführer muß Kaufmann im Sinne des Art. 4 sein; es wird nur von dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 7 EinfG., die die Vollkaufmannsqualität begründen, das heißt, es wird von einer bestimmten Höhe der Steuerleistung abgesehen. Der Hausierer ist Minderkaufmann ohne Rücksicht auf Steuerleistung; von ihm kann man daher nicht sagen, daß bei ihm die Voraussetzungen des § 7 EinfG. nicht zutreffen. Ein etwa von einem Hausierer im Betriebe seines Gewerbes geführtes Buch fällt daher nicht unter § 20 EinfG.

Digitized by Google

2. Die Bücher müssen so geführt sein, daß daraus der Stand des Geschäftes zu ersehen ist; sonst könnte der Sache nach überhaupt nicht von einem dem Handelsbuche ähnlichen Beweismittel gesprochen werden.
3. Die Bücher müssen den formellen Vorschriften des Art. 32 entsprechen. Dies wird zwar gemäß Art. 34 auch für den Beweis durch die Bücher der Vollkaufleute gefordert. Während aber dort die Würdigung, welchen Einfluß Unregelmäßigkeiten in der Buchführung auf die Beweiskraft ausüben, gemäß Art. 35 dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist, nehmen Unregelmäßigkeiten in der Führung der Bücher der Minderkaufleute denselben die Beweiskraft als Handelsbuch überhaupt (Canstein I, S. 262). Das als Beweismittel verwendete Buch ist dann kein Handelsbuch, sondern ein Gewerbebuch im Sinne des § 295, Abs. 3, was allerdings bei Beurteilung der Beweiskraft einen praktischen Unterschied nicht machen wird (Einleitung zu Art. 34).

§ 13. III. **Die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher der Vollkaufleute gegen Minderkaufleute und Nichtkaufleute und die Dauer der Beweiskraft der Bücher der Minderkaufleute ist auf ein Jahr und sechs Monate beschränkt** seit dem Entstehen der im Buche als unberichtigt offen gebliebenen Forderung. Nach der richtigen Entscheidung des OGH. (GZ. 1895, Nr. 4) ist die 18monatliche Frist von dem Zeitpunkte an zurückzurechnen, wo von diesem Beweismittel gerichtlicher Gebrauch gemacht wurde. Die Erlöschung der Beweiskraft durch Zeitablauf ist von Amts wegen wahrzunehmen, da der Richter die Zulässigkeit und Tauglichkeit eines angebotenen Beweismittels von Amts wegen zu prüfen hat (AdlCl. 522 [JB. Nr. 5]).

§ 14. **Die Wirkung des Ablaufes der Dauer der Beweiskraft** ist lediglich die, daß das Buch nicht mehr als Handelsbuch beweist; es kann noch immer als eine nach § 295, Abs. 3 ZPO. beweisende Urkunde benützt werden. Einen faktischen Einfluß auf die Beweiskraft wird daher die Verstreichung der 18monatlichen Frist nicht mehr ausüben (vergl. Einleitung zu Art. 34), und deshalb muß die gesetzliche Aufrechterhaltung der Vorschriften über die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher für die Praxis als ganz bedeutungslos bezeichnet werden. Hauptsächlich im Hinblicke auf diese praktische Bedeutungslosigkeit der letzterwähnten Bestimmung des § 295 ZPO. hat Ofner (JBl. 1900, Nr. 1) mit großem Scharfsinne die Ansicht entwickelt, daß nach Ablauf der 18monatlichen Frist das Buch als Beweismittel überhaupt nicht mehr benützt werden kann. Ofner beruft sich darauf, daß den §§ 19 und 20 EinfG. dasselbe wirtschaftliche Motiv wie dem § 120 AGO. zu Grunde lag; es soll der Gläubiger angetrieben werden, innerhalb einer Frist, in welcher voraussichtlich beide Teile die Sache noch kennen, Zahlung zu verlangen. Daß dieses wirtschaftliche Motiv sowohl bei Schaffung der §§ 19 und 20 EinfG. als auch des § 120 AGO. zu Grunde lag, muß zugegeben werden; aber bei einer Ermittlung des Verhältnisses der §§ 19 und 20 EinfG. zur neuen ZPO. kann dieses wirtschaftliche Motiv nicht mehr in Erwägung gezogen werden. Es darf nämlich nicht vergessen werden, daß die §§ 19 und 20 EinfG. eine über Art. 34 HGB. hinausgehende Ausnahme von dem das damalige Prozeßrecht beherrschenden Grundsatze bildeten: scriptura pro scribente nihil probat; daher ist die Absicht, diese Ausnahmen möglichst einzuschränken, erklärlich. Heute aber besteht dieser Grundsatz des Beweisrechtes nicht mehr. Die Bestimmungen des Art. 34 HGB. und der §§ 19 und 20 EinfG. bilden keine Ausnahme mehr von den allgemeinen Grundsätzen der Prozeßordnung über den Urkundenbeweis (vergl. Einleitung zu Art. 34). Wenn also im Gesetze die §§ 19 und 20 und die in denselben enthaltene Befristung aufrechterhalten wurde, so können hiebei

Digitized by Google

nicht dieselben Gründe maßgebend gewesen sein, wie bei der Statutierung einer zeitlichen Befristung der Beweiskraft bei Erlassung der §§ 19 und 20 EinfG. und des denselben vorbildlichen § 120 AGO., sonst hätte ja die in § 295, Abs. 3 ZPO. grundsätzlich anerkannte Beweiskraft der Gewerbebücher, die sich oft sachlich von den Handelsbüchern gar nicht unterscheiden, in gleicher Weise befristet werden müssen (worauf Ofner selbst hinweist). Man sehe aber zu, zu welchen praktischen Konsequenzen Ofners Ansicht führen würde: Das Buch eines Vollkaufmannes gegenüber dem Nichtvollkaufmanne und das Buch eines Minderkaufmannes beweist überhaupt nur während 18 Monaten; dagegen das Buch, welches in einem kaufmännisch organisierten Gewerbe eines Nichtkaufmannes nach allen Regeln der kaufmännischen Buchführung geführt wird, dem daher faktisch die gleiche Beweiskraft wie einem Handelsbuche zukommen muß (vergl. Einleitung zu Art. 34), beweist zeitlich unbeschränkt. Das Buch des Sägewerksbesitzers, der Baumstämme aus fremdem Walde bezieht, daher Kaufmann im Sinne des Art. 4 ist, würde also gegenüber seinen nichtkaufmännischen Kunden nur 18 Monate beweisen; die Bücher des Sägewerksbesitzers, der Holz aus eigenen Wäldern verarbeitet, daher als Urproduzent nicht Kaufmann ist, genießen als Gewerbebücher im Sinne des § 295, Abs. 3 ZPO. die faktisch gleiche Beweiskraft in zeitlich unbeschränkter Dauer. Dies kann das Gesetz nicht gewollt haben, daß der bloße Umstand, daß jemand Kaufmann ist, bewirkt, daß ein sonst zulässiges und vorhandenes Beweismittel nach einer bestimmten Zeit nicht mehr benützt werden darf. Eher werden wir uns entschließen, die Bestimmung über die Aufrechthaltung der Vorschriften über die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher als praktisch ganz bedeutungslos anzusehen, wie es auch die Bestimmung über die Aufrechthaltung der Vorschriften über das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher ist.

Zusatz 2. Hinsichtlich der im Auslande geführten Handelsbücher enthält § 15. § 295, Abs. 2 ZPO. eine wichtige Abweichung von den allgemeinen über den Urkundenbeweis geltenden Regeln. Während sonst die Beweiskraft von Privaturkunden, auch wenn sie im Auslande errichtet sind, vollkommen frei nach richterlichem Ermessen zu beurteilen ist und auch keine Rücksicht darauf genommen wird, ob die Urkunde den Vorschriften des Ausstellungsortes entspricht (gemeinsamer Bericht Mat. II, S. 327) und ob ähnliche in Österreich errichtete Privaturkunden vor dem Gerichte des betreffenden auswärtigen Staates als Beweismittel angenommen werden, ist die Beweiskraft der im Auslande geführten Handelsbücher an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Dieselben müssen einmal nach den am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften geführt sein. Dieses Erfordernis aufzustellen ist richtig. Die Vorschriften über Buchführung hängen mit den gesamten Verkehrs- und Handelsverhältnissen des betreffenden Landes zusammen, und wenn man der Ansicht ist, daß die Beweiskraft der Handelsbücher zum Teile auf der genauen Einhaltung dieser Vorschriften beruht, muß man die Beobachtung der am Orte der Buchführung geltenden Vorschriften verlangen, sich aber auch damit begnügen. Während aber bei der Beweiskraft ausländischer Privaturkunden (anders bei der besonderen Beweiskraft öffentlicher Urkunden) sonst von dem Momente der Gegenseitigkeit ganz abgesehen wird, wird dasselbe hier in ganz eigenartiger Weise berücksichtigt. Das Gesetz begnügt sich nicht wie sonst mit der formellen Reziprozität, sondern steht hier vollkommen auf dem Standpunkte der materiellen Reziprozität. Es wird bloß gefragt, welche Beweiskraft und Beweisdauer das inländische Handelsbuch im Auslande hat; es wird keine Rücksicht auf den Umstand genommen, daß der betreffende Staat den im eigenen Lande geführten Handelsbüchern vielleicht auch keine größere Beweiskraft und Beweisdauer zuerkennt. Eine größere Beweiskraft und eine längere Beweisdauer

Digitized by Google

als den österreichischen Handelsbüchern kann den im Auslande geführten keinesfalls zukommen. Die Entscheidung der Frage, welche Beweiskraft größer ist, wird wohl sehr schwer sein, wenn mit unserer, tatsächlich nach freiem richterlichen Ermessen zu beurteilenden Beweiskraft eine unter gesetzlichen Beweisregeln stehende verglichen werden soll[7]) (vergl. bei Behrend S. 304).

Artikel 35.

Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach der Lage der Sache geeignet erscheint.

§ 296 ZPO.

Ob und in welchem Maße Durchstreichungen, Radierungen und andere Auslöschungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel einer Urkunde deren Beweiskraft mindern oder dieselbe ganz aufheben, hat das Gericht nach § 272 zu beurteilen.

Der Artikel enthält eine Bestimmung über das Maß der Beweiskraft der Handelsbücher, ist daher durch § 295, Abs. 1 ZPO. formell aufrechterhalten. Inhaltlich bestimmt Art. 35 nichts anderes, als sich schon aus den §§ 296 und 272 ZPO. ergeben würde. Auch nach den letztgenannten Gesetzesstellen ist die Würdigung des Einflusses, welchen Mängel jederlei Art auf die Beweiskraft einer Urkunde ausüben, dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt (vergl. Behrend S. 54).

Artikel 36.

Die Eintragungen in die Handelsbücher können, unbeschadet ihrer Beweiskraft, durch Handlungsgehilfen bewirkt werden.

Die in diesem Artikel enthaltene Bestimmung betrifft die Voraussetzung der Beweiskraft, ist daher durch § 295, Abs. 1 ZPO. aufrechterhalten. In diesem Artikel ist der Grundsatz ausgesprochen, daß eine Übertragung der Buchführung an Handlungsgehilfen im ganzen oder in Bezug auf einzelne Bücher mit den Anforderungen kaufmännischer Buchführung im Einklange steht (Behrend S. 295). Nicht ausgesprochen im Gesetze, aber selbstverständlich ist die Voraussetzung, daß der Handlungsgehilfe zur Buchführung überhaupt oder in dem betreffenden Falle beauftragt war (Blaschke-Pitreich S. 56; Busch, Archiv I, S. 7; Hahn S. 223; P. 934). Gleichgültig ist, ob die von den Gehilfen vorgenommenen Eintragungen für oder gegen den Prinzipal wirken sollen; die von einigen Kommissionsmitgliedern geäußerte gegenteilige Ansicht wurde abgelehnt (Busch, Archiv a. a. O.).

Im einzelnen Falle kann allerdings die Tatsache, daß eine bestimmte Eintragung von einem Handlungsgehilfen vorgenommen wurde, deren Beweiskraft erheblich beeinflussen, z. B. wenn feststeht, daß der betreffende Gehilfe die Buchführung im allgemeinen schleuderhaft besorgte oder deren technische Regeln nicht beherrschte.

---

[7]) Die Worte „kommt eine Beweiskraft nicht in größerem Maße und nicht auf länger zu" finden sich aber merkwürdigerweise auch schon in § 306 Regierungsvorlage, nach welchem für die Beurteilung der Beweiskraft der Handelsbücher auch noch formell das freie richterliche Ermessen entscheidend war.

Digitized by Google

Artikel 37.

Im Laufe eines Rechsstreites kann der Richter auf den Antrag einer Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei verordnen. Geschieht die Vorlegung nicht, so wird zum Nachteil des Weigernden der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen.

Art. VII, EinfG. zur ZPO.: „Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes: . . . 4. durch welche die Art der Vorlegung der Handelsbücher und die Rechtsfolgen ihrer Nichtvorlegung bestimmt werden."

Im vorliegenden Artikel ist nur die Voraussetzung für die Editionspflicht der Handelsbücher zu Beweiszwecken (Abs. 1) und die Rechtsfolge der Verletzung dieser Pflicht (Abs. 2) geregelt.

Im Zusammenhange mit diesem Artikel sollen einige andere im HGB. nicht geregelte Fragen über den Buchbeweis, die nach der ZPO. zu entscheiden sind, erörtert werden.

§ 1. Der Beweis durch Handelsbücher kann wie jeder andere Urkundenbeweis nur über bezüglichen **Beweisantrag** angeordnet werden (vergl. Klein, Vorlesungen S. 162; Neumann S. 628; Fragenbeantwortung zu § 277 ZPO., Punkt 3).

§ 2. Die **Beweisantretung geschieht in mündlicher Verhandlung** und nimmt eine verschiedene Form an, je nachdem der Beweisführer seine eigenen Handelsbücher oder die seines Gegners zum Beweise anbietet. Im ersten Falle erfolgt die Beweisantretung durch Vorlage der Bücher (§ 297 ZPO.); im zweiten Falle ist mit dem Beweisantrage der Editionsantrag zu verbinden (§ 303 ZPO.). Die Beweisaufnahme muß in allen Fällen mittels **Beweisbeschlusses** angeordnet werden, mag es sich um Beweis durch Bücher des Beweisführers oder des Gegners, um den Beweis vor dem erkennenden Gerichte oder einem ersuchten oder beauftragten Richter handeln (Klein S. 149 ff.).[8]) Der Beweisbeschluß ist nicht mit dem Editionsauftrage des Art. 37 zu verwechseln (vergl. Randa I, S. 173).

Auch dort, wo der Beweis durch nicht schon dem Gerichte vorgelegte Bücher des Gegners zugelassen wird, besteht der äußerlich einheitliche Beschluß geradeso wie der demselben zu Grunde liegende Parteiantrag aus zwei Teilen: einem Beweisbeschlusse und einem Editionsauftrage. Der erstere enthält die Entscheidung über die Erheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsache und die Zulässigkeit und Tauglichkeit des angebotenen Beweismittels[9]); der letztere enthält die Entscheidung, daß die behauptete Editionspflicht besteht. Findet der Richter die Voraussetzungen für die Zulassung des Beweises überhaupt nicht gegeben, so braucht er in die Entscheidung über das Bestehen einer Editionspflicht gar nicht einzugehen. Letztere Frage kommt erst dann zur Entscheidung, wenn der Richter die Voraussetzungen für die Fassung eines Beweisabschlusses gegeben findet. Legt der Gegner das Buch sofort vor, so fällt der Editionsauftrag überhaupt weg, und es erfolgt der Beweisbeschluß in derselben Weise, wie der Beweisbeschluß, wenn der Beweisführer seine eigenen Bücher zum Beweise anbietet.

---

[8]) Die Ansicht der Fragenbeantwortung zu § 277 ZPO., Punkt 4, daß beim Urkundenbeweise nur im Falle mittelbarer Beweisaufnahme ein Beweisbeschluß notwendig ist, scheint nicht zutreffend.

[9]) Das Beweisinterlokut des früheren Rechtes hatte sich mit der Frage nach der Erheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsache für die Entscheidung des Rechtsstreites nicht zu befassen; daher der in AdlCl. 1050 ausgesprochene Rechtssatz, daß die Relevanz des Beweisthemas keine Bedingung für die Erlassung des Vorlegungsauftrages sei (anders übrigens AdlCl. 835).

Digitized by Google

§ 3. Ob jetzt der Beweisbeschluß mit einem Editionsauftrage verbunden wird oder nicht, es müssen in demselben **die unter Beweis gestellten Tatsachen und das Beweismittel angegeben sein** (§ 277 ZPO.).

Da die Bezeichnung des Beweisthemas und der Beweismittel nicht erst die Voraussetzung für die Erlassung des Editionsauftrages, sondern schon die Voraussetzung für die Fassung des demselben — wenigstens gedankenmäßig — vorangehenden Beweisbeschlusses ist, so kann die Frage, bis zu welchem Grade der Bestimmtheit Angaben über den Inhalt der gegnerischen Bücher zu machen sind, nur an der Hand der allgemeinen Grundsätze der ZPO. über das Beweisrecht beantwortet werden. Vergebens bemühte sich die frühere Theorie und Praxis, diese Frage aus Art. 37 zu lösen. Wenn auf Grund des Art. 37 bei völlig unbestimmtem Beweisthema und mangelnder Bezeichnung eines bestimmten Buchinhaltes der Editionsauftrag in zahlreichen Entscheidungen verweigert wurde, so kann manchen derselben im Ergebnisse beigepflichtet werden, aber nicht deshalb, weil keine Editionspflicht bestand, sondern weil überhaupt die Voraussetzungen für die Zulassung eines Beweises nicht vorlagen.

Die Entscheidung für unsere Frage ist in § 303, Abs. 2 ZPO. zu suchen:

„Die antragstellende Partei hat eine Abschrift der vom Gegner vorzulegenden Urkunde beizubringen, oder wenn sie dies nicht vermag, den Inhalt der Urkunde möglichst genau und vollständig anzugeben, sowie die Tatsachen anzuführen, welche durch die vorzulegende Urkunde bewiesen werden sollen. Desgleichen sind die Umstände darzulegen, welche den Besitz der Urkunde seitens des Gegners wahrscheinlich machen."

Diese Gesetzesstelle bezieht sich zwar unmittelbar nur auf den Fall, daß mit dem Beweisantrage ein Editionsantrag verbunden wird, muß aber auch Anwendung finden, wenn der Beweisantrag allein gestellt wird. Vorgeschrieben ist hienach möglichst genaue und vollständige Angabe des Inhaltes der Urkunde. Wann dem Genüge geschehen ist, hat einfach der Richter unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage nach freiem Ermessen zu beurteilen. Man bringe diese Frage nicht — wie es von der früheren Praxis immer geschehen ist — mit der Kontumazialfolge der verweigerten Edition in Zusammenhang. Die Beurteilung, ob und inwieweit infolge verweigerter Edition gegen den Editionspflichtigen das Präjudiz des Art. 37, Abs. 2 eintritt, ist erst Gegenstand der meritorischen Entscheidung des Rechtsstreites. Es kann sehr wohl die Behauptung über den Inhalt des gegnerischen Buches eine genügend bestimmte sein, um als eine genügend genaue Bezeichnung des angebotenen Beweismittels angesehen zu werden, kann daher zur Fassung eines Beweisbeschlusses und bei bestehender Editionspflicht zur Erlassung eines Editionsauftrages führen, kann aber doch jener Bestimmtheit entbehren, daß auf Grund der verweigerten Edition ein bestimmter Buchinhalt als erwiesen angesehen werden könnte.

§ 4. **Die Editionspflicht der Handelsbücher beruht auf Art. 37.** Angesichts des Wortlautes des Art. VIII, Z. 4 EinfG. zur ZPO., wo bloß die Vorschriften über die Art der Vorlegung der Handelsbücher und über die Folgen der Nichtvorlegung als aufrechterhalten erklärt sind, könnte es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob auch der erste Absatz des Art. 37 aufrechterhalten wurde. Jedoch scheint nur die Ausdrucksweise des Gesetzes eine ungenaue zu sein, denn aus den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (Mat. I, S. 312) ergibt sich die unbedingte Absicht des Gesetzgebers, in Ansehung der Handelsbücher die handelsrechtliche Editionspflicht überhaupt aufrechtzuerhalten (vergl. Schauer S. 225; Neumann S. 24; Schuster S. 329).

Digitized by Google

Das Verhältnis des Art. 37 zur ZPO. ist nicht unbestritten. Die ZPO. § 5.
gewährt in § 304 bei gemeinschaftlichen Urkunden, was die Handelsbücher (vergl. unten) aber nicht immer sind, ferner dort, wo eine Verpflichtung zur Vorlage der Urkunde nach bürgerlichem Rechte besteht, und endlich wenn der Gegner sich auf die betreffende Urkunde zum Zwecke der Beweisführung selbst im Prozesse bezogen hat, ein absolutes unbedingtes Editionsrecht; in allen anderen Fällen besteht zwar grundsätzlich auch eine Verpflichtung des Gegners zur Edition von Beweisurkunden, aber dieselbe kann verweigert werden, wenn einer der im § 305, Z. 1 bis 4 ZPO. genannten Gründe oder ein denselben an Erheblichkeit gleicher Grund für die Verweigerung vorliegt. Nach Art. 37 ist die Editionspflicht der Handelsbücher in allen Fällen vom richterlichen Ermessen abhängig. Soll nun Art. 37 als alleiniges Sonderrecht für die Handelsbücher gelten oder sollen neben ihm auch die allgemeinen Vorschriften der ZPO. über Urkundenedition Anwendung finden? Für das heutige deutsche Recht ist die Frage in § 45, Abs. 2 d. HGB. im letzteren Sinne entschieden. Für das frühere deutsche Recht — vor dem neuen d. HGB., wo die Sache ähnlich lag wie bei uns — traten für die erstere Ansicht ein: Goldschmidt, GZ. 29, S. 341 ff.; RG. 15, S. 380.

Da man aber doch nicht annehmen kann, daß durch die Aufrechterhaltung des Art. 37 eine mögliche Abschwächung der nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO. bestehenden Editionspflicht beabsichtigt war und man dadurch nicht an die Stelle einer nach der ZPO. unbedingten Editionspflicht für Handelsbücher eine vom richterlichen Ermessen abhängige setzen wollte, so muß ein Nebeneinanderbestehen der bezüglichen Bestimmungen des HGB. und der ZPO. angenommen werden, soweit ein solches möglich ist. Dies ist aber nur in der Weise möglich, daß man in der Aufrechterhaltung des Art. 37 nicht eine Einschränkung, sondern eine Erweiterung der Editionspflicht der ZPO. sieht, so daß nicht auf Grund des Art. 37 der Richter die Möglichkeit hat, den Antrag auf Vorlegung der Handelsbücher nach Ermessen abzuweisen, wenn er ihm nach der ZPO. stattgeben müßte, sondern im Gegenteil die Möglichkeit gewinnt, einem solchen Antrage nach Ermessen Folge zu geben, auch wenn er ihn nach der ZPO. infolge Vorliegens einer der Gründe des § 305 abweisen müßte (vergl. Neumann S. 663; Schuster § 51, Note 14; Seuffert, Kommentar zur d. ZPO. zu § 387; Guggenberger, Die Pflicht zur Urkundenedition S. 32; Wilmowsky und Lewy, Anm. § 5 zu § 387 ZPO.).

Bei der Edition der Handelsbücher ist demnach heute zu unterscheiden, § 6.
ob dieselben im einzelnen Falle unter die in § 304, Abs. 1 ZPO. genannten Urkunden fallen oder nicht.

§ 304 ZPO.: „Die Vorlage der Urkunde kann nicht verweigert werden:

1. wenn der Gegner selbst auf die Urkunde zum Zwecke der Beweisführung im Prozesse Bezug genommen hat;
2. wenn der Gegner nach bürgerlichem Rechte zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet ist;
3. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine beiden Parteien gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin bekundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäftes gepflogenen schriftlichen Verhandlungen."

Digitized by Google

1. Hat der Gegner, von dem die Vorlage der Handelsbücher begehrt wird, auf dieselben im Prozesse selbst zum Zwecke der Beweisführung Bezug genommen, oder besteht gegen den Gegner ein im materiellen Rechte gegründeter Anspruch auf Herausgabe oder Vorlage der Handelsbücher (siehe z. B. Art. 105, 145, 160, 253, 270), oder bildet das betreffende Handelsbuch eine den Prozeßparteien gemeinschaftliche Urkunde, so tritt die absolute unbedingte Editionspflicht des § 304 ZPO. ein. Was aber die Eigenschaft der Handelsbücher als gemeinschaftliche Urkunden betrifft, so wäre es eine völlig grundlose Annahme, daß jedes Handelsbuch schlechthin und gegen jedermann eine gemeinschaftliche Urkunde sei (Goldschmidt, GZ. 29, S. 394). Handelsbücher sind insoweit gemeinschaftliche Urkunden, als die einzelnen Eintragungen ein zwischen einem Kaufmanne und einem anderen Kaufmanne gemeinschaftliches Rechtsverhältnis beurkunden (RG. 20, S. 45; Neumann S. 664). Beispiel: Die Handelsbücher des Geschäftsherrn beurkunden, indem sie die provisionspflichtigen Geschäfte beurkunden, Rechtsverhältnisse, die zwischen ihm und dem Kommissionär, bezw. Agenten gemeinsam sind (dagegen RG. 18, S. 24). Wo demnach § 304 ZPO. Anwendung findet, da ist für die Anwendung der minder weitgehenden Vorschrift des Art. 37 überhaupt kein Raum vorhanden.
2. Fallen aber die Handelsbücher, deren Vorlage begehrt wird, nicht unter die Urkunden, in Ansehung welcher nach § 304 ZPO. eine unbedingte Editionspflicht besteht, so könnte nach der ZPO., deren Edition verweigert werden, wenn einer der in § 305 genannten Gründe oder ein anderer Grund, den der Richter nach seinem Ermessen für gleichwertig hält, vorliegt. Kann aber das Editionsbegehren auf Art. 37 gestützt werden, so ist die Editionspflicht insofern eine weitergehende, als der Richter trotz Vorliegens eines der im § 305, Z. 1 bis 4 genannten Gründe die Vorlage anordnen kann.

§ 7. **Die Editionspflicht des Art. 37 kann nur in Anspruch genommen werden, wenn überhaupt die Voraussetzungen, daß die Handelsbücher als solche beweisen, gegeben sind.** Hauptsächlich mit Rücksicht auf die verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen der Editionspflicht nach dem HGB. und der ZPO. war es notwendig, das Gebiet des Buchbeweises genau abzugrenzen. Im allgemeinen kann diesbezüglich auf die Erläuterungen zu Art. 34 hingewiesen werden; hier bedürfen nur noch einige Punkte einer besonderen Erörterung.

§ 8. 1. Die Vorlegungspflicht des Art. 37 bezieht sich nur auf Handelsbücher (vergl. hierüber § 1 zu Art. 34). Daher findet Art. 37 keine Anwendung auf die vom Gegner empfangenen Handelsbriefe (AdlCl. 384 [SpR. 3], 674, 673, 1099 und 1362). Ob die Briefe, die der Gegner abgesendet hat, die demnach Bestandteile des Kopierbuches geworden sind, unter Art. 37 fallen, hängt davon ab, ob man das Kopierbuch zu den Handelsbüchern rechnet (vergl. hierüber § 3 zu Art. 28, § 5 zu Art. 34). Dieselbe Unterscheidung bei Canstein I, S. 253. Auf Aufschreibungen, die neben den Handelsbüchern geführt werden, bezieht sich Art. 37 nicht (AdlCl. 624, 334, 331; Canstein I, S. 255). Randa I, S. 171 nimmt eine Vorlagepflicht bezüglich der Handelskorrespondenz an.
2. Die handelsrechtliche Editionspflicht richtet sich bloß gegen den Vollkaufmann, da die Vorschriften des HGB. über Handelsbücher gemäß § 7 EinfG. zum HGB. auf Minderkaufleute keine Anwendung finden und die §§ 19 und 20 EinfG. über die Editionspflicht nicht sprechen (Blaschke-Pitreich S. 58; Canstein I, S. 255; AdlCl. 325, 916, 1339, 1432; a. M. Randal, S. 176). In der Entscheidung des OGH. bei GH. 1897, Nr. 46, sind für

Digitized by Google

die gegenteilige Ansicht keine Gründe angegeben. In Ansehung der von den Minderkaufleuten geführten Bücher besteht bloß die Editionspflicht nach Maßgabe der ZPO., dagegen ist es für die Editionspflicht eines Vollkaufmannes gleichgültig, ob er gerade zur Führung des bestimmten, als Beweismittel bezeichneten Buches verpflichtet ist (AdlCl. 1042). Gegen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften kann der Antrag auf Vorlage der Bücher nach Art. 37 nur gestellt werden, wenn dieselben gemäß § 13 GenG. als Kaufleute im Sinne des HGB. und mit Rücksicht auf die Steuerleistung als Vollkaufleute anzusehen sind (Stroß, Genossenschaftsrecht, S. 119; dagegen Randa I, S. 176).

3. Der Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist bewirkt an sich keine Erlöschung der Editionspflicht (a. M. Canstein I, S. 254; Blaschke-Pitreich S. 58, Note 12; AdlCl. 1102, 1522). Die Gründe in AdlCl. 1102 gehen von der richtigen Ansicht aus, daß die Dauer der Editionspflicht nicht größer sein kann als die Dauer der Beweiskraft. Aber die Dauer der Beweiskraft der Bücher eines Vollkaufmannes ist ja, soweit es sich um den Beweis gegenüber einem anderen Vollkaufmanne handelt, überhaupt nicht und gegenüber einem Nichtvollkaufmanne nur insoweit beschränkt, als es sich um einen Beweis zu Gunsten des Buchführers handelt (vergl. § 8 und Zusatz zu Art. 34). Für die Frage, welches Präjudiz die Nichtbefolgung des Editionsauftrages nach sich zieht, ist es allerdings von Bedeutung, ob die zehnjährige Aufbewahrungsfrist verstrichen ist (hierüber unten § 10).

§ 9. Die Editionspflicht wird durch den **Antrag auf Anordnung der Vorlage der Handelsbücher des Gegners geltend gemacht.** Wie schon erwähnt, ist dieser Antrag mit dem bezüglichen Beweisantrage zu verbinden. § 303, Abs. 2 ZPO. kommt mit der Maßgabe zur Anwendung, daß der Antrag eine Anführung der Umstände, welche den Besitz der Bücher seitens des Gegners wahrscheinlich machen, dann nicht enthalten muß, wenn die Vorlage solcher Bücher begehrt wird, zu deren Führung der Gegner gesetzlich verpflichtet ist und in Ansehung derer die zehnjährige Aufbewahrungsfrist noch nicht verstrichen ist (Behrend S. 302, Note 60; Hahn § 5 zu Art. 37; vergl. AdlCl. 51). Ist der Antrag nicht in der mündlichen Verhandlung gestellt, so hat vor Entscheidung über denselben eine mündliche oder schriftliche Einvernehmung des Gegners stattzufinden; denn die bezügliche Bestimmung des § 302, Abs. 2 ZPO. ist durch das HGB. nicht berührt. Leugnet der Gegner den Besitz des begehrten Buches, so findet Vernehmung, eventuell eidliche Abhörung desselben nach § 307, Abs. 1 ZPO. statt.

Angeordnet wird die Vorlage der Handelsbücher mittels richterlichen Editionsauftrages; derselbe, der vom Senate oder von dem Einzelrichter zu erlassen ist, ist zwar mit dem bezüglichen Beweisbeschlusse äußerlich verbunden, begrifflich aber von demselben zu scheiden (vergl. oben § 2). Wohl zu unterscheiden von dem Editionsauftrage ist die einen Beweisbeschluß nicht voraussetzende prozeßleitende Verfügung im Sinne des § 183, Z. 2 ZPO., mittels welcher der Vorsitzende die Partei zur Vorlage der Handelsbücher auffordern kann. Auf Grund einer solchen prozeßleitenden Verfügung kann ohne Beweisbeschluß die vorgelegte Urkunde als Beweismittel nicht benützt werden, und die Nichtbefolgung einer solchen Verfügung kann weder die Folgen des § 307, Abs. 2 ZPO. noch das Präjudiz des Art. 37 herbeiführen.

§ 10. Gegen den Editionsauftrag ist gemäß § 319, Abs. 2 ZPO. ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Digitized by Google

Der Ungehorsam gegen den Editionsauftrag zieht die Kontumazialfolge des Art. 37. Abs. 2 nach sich.

1. Wann liegt ein solcher Ungehorsam vor, wann kann man sagen, **daß die Vorlage der Handelsbücher verweigert wurde?** In erster Linie dann, wenn der Gegner das betreffende Buch besitzt und nicht vorlegt; dem Besitze gleich steht das Aufgeben des Besitzes in der Absicht, das Beweismittel zu beseitigen. Ob es als bewiesen anzusehen ist, daß der Gegner das Buch besitzt oder in der erwähnten Absicht dessen Besitz aufgegeben hat, entscheidet der Richter nach freier Überzeugung, insbesondere ist es in das freie Ermessen des Richters gestellt, ob er eine dieser Tatsachen auf Grund des Umstandes für erwiesen ansieht, daß der den Besitz leugnende Beweisgegner die nach § 307, Abs. 2 ZPO. zu erfolgende Einvernehmung oder eidliche Abhörung ablehnt. Ist aber der Richter auf Grund seiner freien Überzeugung zur Feststellung gelangt, daß der Gegner das Buch besitzt oder dessen Besitz in der Absicht, das Beweismittel zu beseitigen, aufgegeben hat, so muß er die Kontumazialfolge des Art. 37, Abs. 2 anwenden.

Hat der Beweisgegner den Besitz des Buches aus anderen Gründen aufgegeben und dadurch die Unmöglichkeit der Edition bewirkt, so findet Art. 37, Abs. 2 keine Anwendung. Der Richter hat vielmehr diesen Umstand nach freiem Ermessen für die Beweiswürdigung zu verwerten, wobei allerdings von ausschlaggebender Bedeutung sein wird, ob die Besitzaufgabe oder der Besitzverlust vor oder nach Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist erfolgt ist. Die Edition kann schließlich dadurch unmöglich sein, weil der Beweisgegner die gesetzlich vorgeschriebenen Handelsbücher nicht geführt hat. Da man von einer „Verweigerung" der Vorlage in einem solchen Falle nicht sprechen kann, so findet auf denselben Art. 37, Abs. 2 keine Anwendung (dagegen Blaschke-Pitreich S. 55; Randa I, S. 175; AdlCl. 271, 352, 1468). Da weder das HGB. noch § 307 ZPO., der des Falles, daß der Beweisgegner zur Errichtung einer Urkunde verpflichtet ist, nicht gedenkt, eine Bestimmung für diesen Fall enthält, so unterliegt dessen Würdigung für den Beweis vollkommen dem freien richterlichen Ermessen (§ 272 ZPO.).

§ 11. 2. **Der Inhalt der Kontumazialfolge** besteht darin, daß der behauptete Inhalt der Bücher als erwiesen angenommen wird. Als erwiesen wird nur der behauptete Buchinhalt angenommen. Ob auf Grund desselben auch die zu beweisende Tatsache als erwiesen anzusehen ist, beurteilt der Richter nach Art. 34 (Blaschke-Pitreich S. 61; dagegen AdlCl. 333, 890).

§ 307 ZPO.: „Leugnet der Gegner den Besitz der Urkunde und erachtet das Gericht die durch die Urkunde zu beweisenden Tatsachen erheblich und zugleich die Verpflichtung zur Vorlage der Urkunde als bestehend, so kann die Vernehmung und eidliche Abhörung des Gegners durch gerichtlichen Beschluß zu dem Zwecke angeordnet werden, um zu ermitteln, ob der Gegner die Urkunde besitze oder doch wisse, wo dieselbe zu finden sei, oder ob die Urkunde nicht etwa von ihm oder auf seine Veranlassung, um sie dem Beweisführer zu entziehen, beseitigt oder zur Benützung untauglich gemacht worden sei.

Welchen Einfluß es auf die Beurteilung des Falles hat, wenn der Gegner dem Auftrage zur Vorlage der Urkunde, deren Besitz er zugegeben hat, nicht nach kommt oder wenn er bezüglich einer Urkunde, deren Besitz er leugnet, die Vernehmung oder die eidliche Aussage ab-

Digitized by Google

lehnt oder wenn aus seiner Aussage hervorgeht, daß die Urkunde absichtlich beseitigt oder untauglich gemacht worden sei, ob insbesondere in diesen Fällen die Angaben des Beweisführers über den Inhalt der Urkunde als erwiesen anzusehen seien, bleibt dem durch sorgfältige Würdigung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessen überlassen."

Der Unterschied zwischen der Kontumazialfolge des Art. 37 und der des § 307 ZPO. besteht darin, daß es nach letzterer Gesetzesstelle vom Ermessen des Richters abhängt, ob er bei verweigerter Urkundenedition den behaupteten Inhalt der Urkunde als erwiesen annimmt. Wie weit sich das Präjudiz des Art. 37 erstreckt, hängt davon ab, wie bestimmt die Angaben des Beweisführers über den Inhalt der gegnerischen Bücher lauten. Dabei kann es geschehen, daß die Angaben über den Inhalt der Bücher des Gegners so unbestimmt sind, daß sie eine genügende Grundlage für die Anwendung des Art. 37, Abs. 2 überhaupt nicht bieten, trotzdem sie eine zur Fassung eines Beweisbeschlusses genügend deutliche Bezeichnung des Beweismittels enthielten (vergl. oben § 3).

3. **Die Verhängung der Kontumazialfolge des Art. 37, Abs. 2 ist Gegenstand der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung,** kommt daher erst in den Gründen in der meritorischen Entscheidung des Rechtsstreites zum Ausdrucke; es ergeht nicht etwa ein besonderer Beschluß, noch sonst ein besonderer Ausspruch über den Eintritt des in Art. 37, Abs. 2 angedrohten Präjudizes. Die unrichtige Anwendung oder Nichtanwendung des Art. 37, Abs. 2 bildet einen Berufungs-, eventuell Revisionsgrund. § 12.

Die Vorlagepflicht trifft nach dem HGB. nur den Prozeßgegner (AdlCl. 392; Blaschke-Pitreich S. 58, Note 10). Wann im Prozesse eine Editionspflicht des dritten Buchinhabers besteht und wie diese geltend zu machen ist, darüber entscheiden ausschließlich die §§ 308 und 309 ZPO.). § 13.

Artikel 38.

Wenn in einem Rechsstreite Handelsbücher vorgelegt werden, so ist von dem Inhalte derselben, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und im geeigneten Falle ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Richter insoweit offen zu legen, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig ist.

§ 298 ZPO.

Urkunden sind in der Weise vorzulegen, daß das Gericht und die Gegenpartei von dem ganzen Inhalte der Urkunde Einsicht nehmen kann.

Kommen nur einzelne Teile auf einer verschiedene Rechtsverhältnisse sich beziehenden Urkunde in Betracht, so kann das Gericht, nachdem es vom ganzen Inhalte der Urkunde Einsicht genommen hat, auf Antrag anordnen, daß dem Gegner außer dem Eingange, dem Schlusse, dem Datum und der Unterschrift, nur diejenigen Stellen vorgewiesen werden, welche für das den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältnis von Belang sind.

Der Gegner des Beweisführers ist zur Erklärung über die vorgelegte Urkunde aufzufordern.

1. Dieser ebenfalls durch Art. VII, Z. 4 EinfG. zur ZPO. (siehe bei Art. 37) aufrechterhaltene Artikel enthält eine Vorschrift über die Aufnahme des Buchbeweises. Er bezieht sich sowohl auf den Fall, daß der Be- § 1.

Digitized by Google

weisführer seine eigenen Bücher, als daß der Beweisgegner seine Bücher, sei es freiwillig, sei es über Editionsauftrag, vorlegt (Blaschke-Pitreich S. 61).

§ 2. 2. Von dem Inhalte der Bücher, soweit er den Streitpunkt betrifft, ist unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen. Der übrige Inhalt ist nur dem Gerichte, nicht auch dem Prozeßgegner offen zu legen, und auch dem Gerichte nur, soweit es zur Prüfung der ordnungsmäßigen Führung der Bücher notwendig ist. Geht dies schon aus denjenigen Teilen hervor, welche den Streitpunkt enthalten, so kann die Vorlegung der übrigen Handelsbücher verweigert werden. Das Gericht kann zu seiner Beihilfe Sachverständige zuziehen (AdlEl. 1828) und diesen sind die Bücher in demselben Umfange vorzulegen wie dem Gerichte.

§ 3. 3. Die Stelle in den Büchern, auf welche es ankommt, hat die beweispflichtige Partei anzugeben (RG. 1, S. 424). Gleichwohl wird man ihr auch zu diesem Zwecke nicht gestatten können, die Bücher einer allgemeinen Durchmusterung zu unterziehen. Vielmehr wird man jene Angabepflicht möglichst allgemein auffassen und sich damit begnügen müssen, wenn die beweispflichtige Partei die Stelle bezeichnet, in welcher bei einer ordnungsmäßigen Buchführung die Buchung stehen kann. Alsdann wird das Gericht, nötigen Falls unter Zuziehung des Sachverständigen, die Stelle zu suchen haben.

§ 4. 4. Die in diesem Artikel enthaltene Bestimmung unterscheidet sich von der des § 298 ZPO., daß nach letztgenannter Gesetzesstelle bei einer sich auf mehrere Verhältnisse beziehenden Urkunde das Recht des Gegners auf Einsicht in die das streitige Rechtsverhältnis betreffende Stelle eingeschränkt werden kann, während dies nach Art. 38 HGB. geschehen muß.

Artikel 39.

Befinden sich die Handelsbücher, welche vorzulegen sind, an einem Orte, welcher nicht zum Bezirke des Prozeßrichters gehört, so muß der letztere das Gericht des Ortes, wo sich die Handelsbücher befinden, ersuchen, die Vorlegung der Bücher vor sich bewirken zu lassen, dabei nach den Bestimmungen des vorhergehenden Artikels zu verfahren und einen beglaubigten Auszug mit dem über die Verhandlungen aufgenommen Protokolle zu übersenden.

Auch Art. 39 enthält eine Vorschrift über die Art der Vorlage der Handelsbücher, ist demnach durch Art. VII, Z. 4 EinfG. zur ZPO. aufrechterhalten. Eine inhaltlich gleiche Vorschrift enthielt bereits das HfD. vom 20. März 1794, JGS. Nr. 164.

§ 1. 1. Der Artikel findet Anwendung, gleichgültig, ob es sich um Vorlage der Bücher des Beweisführers oder des Beweisgegners handelt (vergl. Schauer, Note 1 zu § 120 JN.).

§ 2. 2. Der Bezirk des Prozeßrichters ist der Sprengel des erkennenden Bezirksgerichtes oder des Bezirksgerichtes, welches sich am Sitze des erkennenden Gerichtshofes befindet (arg. § 120 JN.). Befinden sich die Bücher außerhalb dieses Ortes, so kann der Buchführer nicht gezwungen werden, dieselben wider seinen Willen dem Prozeßgerichte vorzulegen, auch nicht in dringenden Fällen (Blaschke-Pitreich S. 61; Pollitzer S. 102; Prot. 948). Bei anderen Urkunden von erheblichem Umfange ist dies dem freien richterlichen Ermessen überlassen (§ 300 ZPO.). Die Beweisaufnahme vor

Digitized by Google

dem Gerichte des Ortes der Buchführung, welches als ersuchtes Gericht auftritt, richtet sich nach Art. 38. Ein beglaubigter Buchauszug ist jedenfalls zu übersenden, während nach § 300 ZPO. bei Aufnahme eines Urkundenbeweises durch ein ersuchtes Gericht ein Auszug oder eine Abschrift der Urkunde dem erkennenden Gerichte nur über dessen Verlangen zu übersenden ist.

3. Die sachliche Zuständigkeit des um die Aufnahme des Buchbeweises zu ersuchenden Gerichtes regelt § 120 JN.: § 3.

„Zur Erteilung von Bestätigungen über die gesetzmäßige Beschaffenheit der Handelsbücher ist, wenn die Bücher an einem Orte geführt werden, an welchem ein Handelsgericht oder ein Kreis- oder Landesgericht seinen Sitz hat, dieser Gerichtshof, sonst aber das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel die Handelsbücher geführt werden."

Werden die Bücher am Sitze eines Handelsgerichtes oder Kreis- oder Landesgerichtes geführt, so ist dieser Gerichtshof, sonst aber das Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Handelsbücher geführt werden, zuständig.[10]) Hier liegt eine weitere Abweichung von § 300 ZPO. vor; denn nach dieser Gesetzesstelle ist ein Ersuchen um Aufnahme eines Urkundenbeweises nach den allgemeinen Regeln des § 37 JN. an das örtlich zuständige Bezirksgericht zu stellen. Werden zwar die Bücher am Sitze des Prozeßgerichtes geführt, stehen aber deren Vorlage vor dem erkennenden Gerichte erhebliche Bedenken entgegen, so kann das Gericht gemäß § 300 ZPO. von Amts wegen anordnen, daß die Bücher einem beauftragten Richter vorgelegt werden. Diese auf den Beweis durch Urkunden überhaupt anwendbare Bestimmung der ZPO. ist durch das HGB. nicht berührt.

Artikel 40.

Die Mitteilung der Handelsbücher zur vollständigen Kenntnisnahme von ihrem ganzen Inhalte kann in Erbschafts- oder in Gütergemeinschaftsangelegenheiten, sowie in Gesellschaftsteilungssachen und im Konkurse, soweit es die Bücher des Gemeinschuldners betrifft, gerichtlich verordnet werden.

1. Der vorliegende Artikel ordnet lediglich an, daß in den bezeichneten Rechtsangelegenheiten die Vorlegung des ganzen Inhaltes der Handelsbücher erfolgen kann; er will keineswegs eine Editionspflicht, sei es eine materiellrechtliche, sei es eine prozeßrechtliche, schaffen, sondern wo in den genannten Fällen eine derartige Pflicht besteht, deren Umfang dahin näher feststellen, daß sich die Vorlagepflicht auf den ganzen Inhalt der Bücher erstreckt. Die Ansicht, daß in Art. 40 eine § 1.

[10]) Was für einen Grund diese Ausnahmsbestimmung des § 120 JN. hat, daß zur Aufnahme eines nicht vor dem erkennenden Gerichte durchzuführenden Beweises durch Handelsbücher in erster Linie die Kollegialgerichte kompetent sind, ist nicht abzusehen. Die Bestimmung fällt besonders dann auf, wenn das erkennende Gericht ein Bezirksgericht ist und die Handelsbücher außerhalb des Sprengels desselben am Sitze eines Gerichtshofes geführt werden. Das deutsche Recht enthält keine ähnliche Bestimmung. Für dasselbe ist Art. 39 HGB. durch § 399 (neu § 434) der deutschen ZPO. (entsprechend § 300 ZPO.) vollständig ersetzt worden (§ 13, Z. 2 EinfG. zur deutschen ZPO.). Das Gesetz hat übrigens selbst die Konsequenz der Ausnahmsbestimmung des § 120 JN. teilweise beseitigt, da die auf Grund dieser Gesetzesstelle vorzunehmenden Amtshandlungen und Verfügungen, auch wenn sie in die Kompetenz eines Kollegialgerichtes fallen, vom Einzelrichter vorzunehmen sind (§ 37, Z. 10 GOG.; Schauer, Note 8 zu § 37 GOG.).

Digitized by Google

materiellrechtliche Editionspflicht geschaffen wird, kommt in den Gründen bei AdlCl. 1194 zum Ausdrucke.

§ 2. 2. Auch ist nur gesagt, daß das Gericht die Vorlage des ganzen Inhaltes der Handelsbücher anordnen kann; es kann nach Ermessen auch einen diesbezüglichen Antrag ablehnen (RG. 20, S. 45). Ob das Gericht diese besondere Art der Vorlage nur auf Antrag oder auch von Amts wegen anordnen kann, darüber ist in Art. 40 nichts gesagt. Dies richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. So kann im Zivilprozesse die Vorlage nur auf Antrag angeordnet werden (vergl. § 9 zu Art. 37).

§ 3. 3. Keinesfalls setzt Art. 40 einen bestehenden Rechtsstreit voraus. Doch kann nicht gesagt werden, wie dies in AdlCl. 932, 1194, 1387, 1618 geschieht, daß in den in Art. 40 bezeichneten Fällen die Büchervorlage immer im Wege des Ersuchens begehrt werden kann. Die Form dieses Begehrens hängt auch in den Fällen des Art. 40 davon ab, auf welchen Rechtsgrund das Begehren um Vorlage gestützt wird; Art. 40 selbst enthält aber keinen solchen Rechtsgrund. Wird außerhalb eines anhängigen Rechtsstreites in Gesellschaftsangelegenheiten, z. B. auf Grund der Art. 253 oder 105, die Vorlage der Bücher begehrt, so ist dieser Anspruch wie jeder andere mittels Klage geltend zu machen (AdlCl. 723; dagegen die oben angeführten Entscheidungen des OGH. und Ott, Rechtsfürsorgeversehen S. 102).

Wird dagegen in einem Rechtsstreite in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- oder Gesellschaftsangelegenheiten zu Beweiszwecken die Vorlage der Handelsbücher des Gegners begehrt, so ist dieses Begehren, das entweder auf § 304 ZPO., bezw. Art. 253 und 105 oder auf Art. 37 gestützt werden kann, selbstredend in Form des Antrages zu stellen. In diesem Falle erfolgt die Vorlage der Bücher, da es sich um eine Beweisaufnahme handelt, natürlich unter gerichtlicher Intervention. Es geht daher nicht an, im Hinblicke darauf, daß in einigen Fällen, die auch unter Art. 40 fallen, wie z. B. bei der Büchervorlage auf Grund der Art. 253 und 105, die Bücher dem Gegner unmittelbar vorgelegt werden, den allgemeinen Rechtssatz aufzustellen, daß die Büchervorlage in den Fällen des Art. 40 ohne gerichtliche Intervention erfolge (vergl. AdlCl. 1241 und 1618). Über die Vorlage der Bücher des Gemeinschuldners im Konkurse vergl. § 195 KO.

§ 4. 4. Erfolgt die Vorlage der Bücher im Prozesse zu Beweiszwecken, so verfügt Art. 40 für die von ihm benannten Angelegenheiten eine scheinbare Ausnahme von der Bestimmung des Art. 38. Scheinbar ist diese Ausnahme deshalb, weil in den bezeichneten Angelegenheiten der Bestand eines Vermögens streitig ist, daher der ganze Buchinhalt den Streitgegenstand betrifft. Vergl. auch Hahn S. 322: „Art. 40 enthält nicht eine Ausnahme von der in Art. 38 enthaltenen Bestimmung, sondern eine Konsequenz derselben."

§ 5. 5. Die Ausdrücke „Vorlage" in Art. 37 und „Mitteilung" in Art. 40 bezeichnen demnach nichts sachlich Verschiedenes, sondern bringen nur einen Unterschied in dem Umfange der Editionspflicht zum Ausdrucke. Das neue d. HGB. hat in § 47 (entsprechend dem Art. 40) auch den Ausdruck „Mitteilung" vermieden und spricht auch hier von „Vorlegung".

§ 6. 1. Zusatz. **Zum Zwecke der Bemessung der Personaleinkommensteuer** besteht für den Kaufmann keine Verpflichtung zur Gewährung der Bucheinsicht, dagegen ist über Anerbieten des Steuerpflichtigen nach Ermessen der Steuerbehörde die Bucheinsicht, aber nur von Staatsbeamten vorzunehmen; der Steuerpflichtige kann das Anerbieten, Einsicht in seine Bücher zu gewähren, jederzeit zurückziehen. Über

Digitized by Google

den Umfang der Einsicht entscheidet im allgemeinen das Ermessen des Steuerbeamten. Art. 38 HGB. wird der Sache nach Anwendung finden (§§ 272 bis 278 Personaleinkommensteuergesetz; Art. 8 der Vollzugsverordnung zum VI. Hauptstück vom 24. April 1897; vergl. Reisch und Kreibig S. 21 ff.).

2. **Zusatz.** Die Handelsbücher kommen im Prozesse nicht lediglich als Beweis- § 7.
mittel, sondern auch als **Hilfsmittel für die Sachverhaltsermittlung und als Bescheinigungsmittel** zur Verwendung. Es ist das Verdienst Kleins, in der österreichischen Prozeßliteratur zum ersten Male klar ausgesprochen zu haben, daß jede Urkunde im Prozesse eine zweifache Funktion ausüben kann, die eines Beweismittels und die eines Informationsbehelfes (Vorlesungen S. 151). Zum Zwecke der Sachverhaltsaufklärung kann der Richter (Vorsitzender oder Einzelrichter) gemäß § 183 ZPO. die Parteien zur Vorlegung der in ihren Händen befindlichen Handelsbücher auffordern und können die über diese Aufforderung oder aus eigenem Antriebe vorgelegten Handelsbücher bei der mündlichen Behandlung benützt, eventuell stellenweise verlesen werden, jedoch nur innerhalb der Grenzen des Art. 38 (Horten, ZPO. Nr. 1619). Hierin liegt jedoch keine Beweisaufnahme; zu einer solchen kommt es erst, wenn nach Verlesung der Handelsbücher noch einige durch dieselben zu beweisende Tatsachen bestritten werden. Ist dies der Fall, so muß ein Beweisbeschluß auf Zulassung der Handelsbücher als Beweismittel erfolgen — vorher waren sie nur Informationsbehelf. Eine neuerliche Verlesung der betreffenden Stellen aus den Büchern ist aber in diesem Falle nicht notwendig; die Beweisaufnahme kann durch Konstatierung, daß die Verlesung vor Fassung des Beweisbeschlusses stattgefunden hat, ersetzt werden (dies aus Klein S. 152).

Als Bescheinigungsmittel können sowohl Handelsbücher als Buchauszüge (Behrend S. 301, Note 55; AdlCl. 342, 523) verwendet werden, insofern nur dem Erfordernisse des paraten Beweises entsprochen erscheint (§ 274 ZPO.; Klein S. 169). Ein Antrag auf Vorlegung der Bücher des Gegners zum Zwecke der Bescheinigung wäre unzulässig.

Fünfter Titel.

Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

Artikel 41.

Wer von dem Eigentümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen, ist Prokurist.

Die Bestellung des Prokuristen kann durch Erteilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, oder durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen, oder durch Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen, geschehen.

Die Prokura kann mehreren Personen gemeinschaftlich erteilt werden (Kollektivprokura).

Vorbemerkung zum fünften Titel. Der fünfte Titel handelt vom handelsrechtlichen Stellvertreter, der sechste Titel vom Handlungsgehilfen. Hier im fünften Titel wird die juristische Stellvertretung, der Auftrag und die Vollmacht zur

Digitized by Google

Vertretung des Prinzipals beim Abschluß von Rechtsgeschäften, im sechsten Titel der Inhalt des Dienstvertrages behandelt. Dabei sind der Stellvertreter und der Handlungsgehilfe zwei Begriffe, die weder notwendig vereint sein müssen, noch sich ausschließen. Der Stellvertreter braucht nicht notwendig Handlungsgehilfe zu sein (vergl. § 2 zu Art. 47); der Handlungsgehilfe nicht notwendig auch bevollmächtigt zu sein (Buchhalter, Korrespondent). Doch kann dieselbe Person beides sein, und unter Umständen liegt in der Anstellung als Handlungsgehilfe an sich schon die Handelsbevollmächtigung (Ladendiener, Reisender, Kassier).

Bei der Stellvertretung insbesondere ist streng zu unterscheiden: der Auftrag und die Vollmacht.[1]) Der Auftrag ist das innere Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, aus welchem die Vollmacht ihren Ursprung herleitet; Vollmacht ist die äußere, Dritten gegenüber in die Erscheinung tretende Seite des Auftrages, die Legitimation. Beide brauchen sich nicht zu decken, die Vollmacht kann kraft gesetzlicher Vorschrift über den Auftrag hinausgehen. So wenn der Prokurist bestimmte Instruktionen für seine Geschäftsführung erhält. Diese haben, da die Prokura unbeschränkbar ist, für Dritte keine Rechtswirksamkeit, für das innere Verhältnis bleiben sie gültig. Es kommt z. B. häufig vor, daß dem Prokuristen nur die Führung der Kassengeschäfte anvertraut wird.

Einleitung. **Der vorliegende Artikel stellt den Begriff der Prokura fest** (Abs. 1), normiert die Art ihrer Entstehung (Abs. 2) und regelt endlich den Spezialfall der Kollektivprokura (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Definition des Gesetzes** ist insofern nicht korrekt, als der Auftrag statt der Vollmacht betont ist (vergl. die Vorbemerkung). Daß beide verschieden sein können, ergibt die Natur der Sache und speziell Art. 43. Ferner ist das Kriterium des „Handelns für Rechnung des Prinzipals" unzutreffend. Wesentlich ist allein das Handeln im Namen des Prinzipals. Das Rechtsverhältnis kann nach innen so liegen, daß derjenige, in dessen Namen der Prokurist das Geschäft betreibt, vielleicht nur den Namen hergibt und damit die Verantwortlichkeit übernimmt, während das Geschäft für Rechnung des Prokuristen geht (ebenso Behrend § 52, Anm. 2; anders Allfeld S. 247). Und endlich erhöht es die Klarheit nicht, wenn hier von dem Betriebe „des Handelsgeschäftes" die Rede ist, während derjenige Artikel, welcher sich ex professo mit dem Umfange der Prokuravollmacht beschäftigt, den Betrieb eines Handelsgewerbes, also nicht eines bestimmten Geschäftes erwähnt (Art. 42). Dieser letztere Artikel ist für den Umfang der Prokura allein maßgebend (vergl. Puchelt, Anm. 6; anders Gareis-Fuchsberger S. 140, Note 11). Richtiger Ansicht nach hätte es einer Definition des Prokuristen nicht bedurft (das d. HGB. enthält ebenfalls keine solche). Wenn man will, genügt sie dahin: daß Prokurist derjenige ist, dem die Prokura erteilt ist. Der Begriff der Prokura aber ergibt sich aus den Art. 42 und 43: ihr Wesen liegt in dem Umfang nach Art. 42 und 53 und der Unbeschränkbarkeit dieses Umfanges nach Art. 43 (vergl. hierüber Wendt in Endemanns Handbuch 1, S. 280). Dagegen ist es nicht zutreffend, wenn Allfeld (S. 235) den Prokuristen als

[1]) Literatur: Canstein I., S. 286; WZ. III., S. 671; Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, 1885; Hupka, Die Vollmacht (Leipzig 1900); Dniestrzanski, Die Aufträge zu Gunsten dritter (1904), S. 63 ff.; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände (1906), S. 79 ff., 211 ff.; Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgem. Privatrechtes (III. Band, 1. Heft, Der Bevollmächtigungsvertrag [Auftrag]); Bie, Über die Kollektivprokura (Leipzig 1894); Thomas, Die Vollmacht des Prokuristen (Leipzig 1906).

Digitized by Google

denjenigen Bevollmächtigten definiert, welcher die kaufmännische Persönlichkeit des Prinzipals unbeschränkt vertritt. Dabei sind die Beschränkungen der Art. 42 und 53 nicht berücksichtigt.

Weitere begriffliche Erfordernisse stellt das Gesetz nicht auf. Von selbst ergeben sich aber die folgenden:

a) **Zum Prokuristen** gehört die Handlungsfähigkeit, aber auch nur diese, nicht etwa die Verpflichtungsfähigkeit (vergl. § 1018 ABGB.). Der Prokurist kann im übrigen minderjährig, gewaltunterworfen, Kaufmann oder Nichtkaufmann, weiblichen Geschlechtes, verheiratet sein. Daß er zwar Handlungsgehilfe sein kann, aber nicht zugleich Handlungsgehilfe zu sein braucht, sondern z. B. auch ein Verwandter oder die Ehegattin die Prokura haben kann, folgt aus unseren Vorbemerkungen (vergl. auch ROHG. 16, S. 290). Er muß aber vom Prinzipal verschieden sein, ein Erfordernis, welches beim stillen Gesellschafter ohne Zweifel vorhanden ist. Kann ein von der Vertretung ausgeschlossenes Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zum Prokuristen bestellt werden? (Hierüber § 2 zu Art. 118.) Der Bestellung eines Gemeinschuldners zum Prokuristen steht nichts entgegen (Schultze-Görlitz S. 451; vergl. § 1018 ABGB. und Ofner II, S. 55). § 2.

b) **Der Prokura-Erteiler** muß Vollkaufmann sein (§ 7 EinfG.; über die Prokura bei Minderkaufleuten vergl. § 8 zu Art. 10), auch Handelsgesellschaften können Prokura erteilen (Art. 5, vergl. Art. 104, 118), auch Aktiengesellschaften (vergl. § 10 zu Art. 234), auch Kommanditgesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, wie die Judikatur noch besonders entschieden hat (ROHG. 7, S. 142), nicht aber Gesellschaften während ihrer Liquidation (ROHG. 13, S. 224; Pollitzer S. 138), weil es hier am Betriebe eines Handelsgewerbes fehlt (vergl. § 1 zu Art. 144). Daß die Firma des Prinzipals eingetragen sein müsse, folgert Schultze-Görlitz S. 452 mit Unrecht aus Art. 44. Ein Gemeinschuldner kann keine Prokura erteilen, aber auch der Massenverwalter nicht (Schultze-Görlitz S. 453). Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften können nur, wenn sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreiben und Vollkaufleute sind, gemäß § 13 GenG. Prokura erteilen (Stroß, Genossenschaftrecht, S. 120; Randa I, S. 93, 191; Pollitzer S. 316, Note 14). Die Befugnis der Gesellschaften mit beschränkter Haftung zur Erteilung der Prokura ist in § 28, Abs. 2 GmbHG. anerkannt. Der Umfang der in dieser Prokura liegenden Vollmacht kann aber nicht immer nach Art. 42, Abs. 1 bestimmt werden; denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch Kaufmann, wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt (§ 61, Abs. 3 des Gesetzes). Man muß annehmen, daß sich die Vollmacht eines Prokuristen einer kein Handelsgewerbe betreibenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf alle Rechtshandlungen erstreckt, die das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen mit sich bringt mit Ausnahme der Veräußerung und Belastung von Grundstücken (vergl. Staub, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Anm. 35 zu § 46). § 3.

2. (Abs. 2.) **Das Gesetz stellt hier drei Arten der Prokura-Erteilung auf.** Die Aufstellung dieser Arten ist absolut, die Erfordernisse derselben erschöpfend. § 4.

a) **Die drei Arten sind absolut vorgeschrieben.** Eine dieser Erteilungsarten muß gewählt werden, wenn die Prokura gültig sein soll. Der entgegen-

Digitized by Google

gesetzten Auffassung (Puchelt, Anm. 7) kann nicht beigetreten werden. Bei dem Umfange und der absoluten unbeschränkten Natur der in der Prokura enthaltenen Vollmacht muß es als Absicht des Gesetzgebers gelten, die Art der Erteilung dieser Vollmacht bestimmt zu fixieren; es erscheint unzulässig, in den Gesetzesworten nur Beispiele zu erblicken und so die Frage nach der Erteilungsmöglichkeit der Prokura aus dem festen Gebiete der gesetzlichen Fixierung in das zweifelhafte aller an sich denkbaren Möglichkeiten hinauszurücken. Auch die Entstehungsgeschichte spricht für unseren Standpunkt, indem ein Antrag, diesen Absatz zu streichen, damit nicht andere Arten der Prokura-Erteilung dadurch ausgeschlossen würden, abgelehnt wurde (Prot. 4631).

§ 5. b) **Nur sind andrerseits die gesetzlichen Erfordernisse dieser Arten auch erschöpfend** und dürfen nicht durch einengende Interpretation über Gebühr eingeschränkt werden. So braucht bei der ausdrücklichen Erteilung der Ausdruck Prokurist nicht gerade vom Vollmachtgeber selbst gesprochen zu sein, und in dem von Puchelt (Anm. 7) zur Unterstützung seiner Auffassung konstruierten Beispiele würde die Wendung: „Ich erteile dem Herrn N. N. Mandat zu meiner Vertretung nach Maßgabe des Art. 41 HGB." unbedenklich als ausdrückliche Prokura-Erteilung anzusehen sein. Dagegen wird z. B. das Geschehenlassen der Firmenzeichnung ohne Prokurazusatz nicht als stillschweigende Bestellung zum Prokuristen erachtet werden können (ROHG. 8, S. 316). Auch ist irgendwelche Form der Bestellung nicht vorgesehen. Danach ist die schriftliche Bestellung durch Briefe, Zirkulare, aber auch die mündliche zulässig (Busch, Archiv 9, S. 125), ja es ist eine einmalige Erklärung einer dritten Person gegenüber genügend, darauf kann sich schon jeder Dritte berufen (Str. Arch. 33, S. 28; Behrend § 52, Anm. 22; Hahn § 3; AdlCl. 228). Auch die fortgesetzte Duldung der Firmenzeichnung muß gegen Allfeld S. 249 für genügend erachtet werden; denn darin muß doch wohl nach handelsrechtlichen Anschauungen die Ermächtigung, per procura zu zeichnen, gefunden werden; einer ausdrücklichen Ermächtigung aber bedarf es nicht; das Erfordernis der Ausdrücklichkeit ist nur bei der ersten Art der Prokura-Erteilung vorgesehen.

§ 6. 3. (Abs. 3.) **Die Kollektivprokura.**[2]) Sie enthält keine Ausnahme von der im Art. 43 ausgesprochenen Unbeschränktheit der Prokura, wie Puchelt S. 102 und Gareis-Fuchsberger (S. 143, Note 22) annehmen, vielmehr liegt eine, und zwar eine volle Prokura vor, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vergl. Bie S. 13).

a) Sie bezieht sich auf Rechtsakte aller Art, auch auf mündliche (ROHG. 3, S. 183); aber auch nur auf Stellvertretung im Handeln. Wo es sich dagegen um das Wissen einer Tatsache handelt, da ist die Kenntnis auch nur eines Kollektivprokuristen genügend, um die Unredlichkeit des Prinzipals zu begründen (Bolze 1, Nr. 1886; 4, Nr. 807; 16, Nr. 231 gegen Ring, Anm. 3 zu Art. 229; zust. Canstein § 38, Note 37 a), soweit die Unredlichkeit des Vertreters überhaupt dem Prinzipal schadet (vergl. § 3 zu Art. 52).

b) Die Ausübung der Kollektivprokura. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämtlichen Kollektivprokuristen mitwirken.[3])

---

[2]) Literatur: Über die Kollektivprokura von Felix Bie, Leipzig 1894.

[3]) Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen (Bie, S. 43).

Digitized by Google

Brauchen sie auch nicht gerade den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vorzunehmen, so muß doch immerhin sich der Rechtsakt als ein von allen Kollektivberechtigten geschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (Behrend § 125, Anm. 10; Hahn § 5). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurteilen, ob im einzelnen Falle bei nicht gleichzeitigem Handeln der Kollektivprokuristen dennoch ein verpflichtender Akt vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht unzulässig (ROHG. 16, S. 33; Bolze 8, Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (ROHG. 6, S. 392; 12, S. 34; 17, S. 402), wie z. B. wenn der eine Kollektivprokurist verhandelt, der andere Teil zuhört und nicht widerspricht oder sich nachträglich vom Gegenkontrahenten den Abschluß berichten läßt und nicht widerspricht. Überall muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht ein Internum der Kollektivberechtigten bleiben. Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht (Bolze 4, Nr. 807; Behrend § 128, Anm. 10).

c) Der Beweis dieser Mitwirkung ist von dem zu führen, der ein Recht darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Erbietung des Beweises, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des anderen Kollektivprokuristen abgegeben, es muß dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (ROHG. 17, S. 402; Bolze 8, Nr. 548).

d) Ein Kollektivprokurist, der ohne Mitwirkung des anderen handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich (RG. 6, S. 214; Bolze 18, Nr. 229). Durch stillschweigende Genehmigung seitens des Prinzipals kann gegen ihn auch eine von einem mehrerer Kollektivprokuristen vorgenommene Handlung Wirksamkeit erlangen (AdlCl. 2098). Es ist ferner das im folgenden (zu e, f, g) Gesagte wohl zu beachten.

e) Die vorherige Auftragserteilung oder nachträgliche Zustimmung kann, wenn sie im Einzelfalle nicht als gehörige Mitwirkung im Sinne des zu b) Gesagten genügt, in anderer Weise von Bedeutung werden. Sie kann sich als Erteilung einer Handlungsvollmacht oder als Ratihabition darstellen (Canstein § 18, Note 62; AdlCl. 741). In diesem Sinne ist auch eine allgemeine Ermächtigung von rechtlicher Bedeutung. Hierauf beruht z. B. die Gültigkeit der von einem Kollektivprokuristen auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossenen Börsengeschäfte. Festzuhalten aber ist, daß in einem solchen Falle der Kollektivprokurist nicht als solcher handelt, sondern Handlungsbevollmächtigter ist und nur als solcher handeln kann (Vie S. 43), was im Einzelfalle einen erheblichen Unterschied bedeuten kann. Auch eine Postvollmacht können Kollektivprokuristen einem von ihnen übertragen.

f) Es ist ferner im Einzelfalle zu prüfen, ob die zum Kollektivprokuristen bestellte Person nicht vom Prinzipal zu der betreffenden Handlung anderweite Handlungsvollmacht hatte. So z. B. wenn der Prinzipal einem Kollektivprokuristen die Entgegennahme von Börsenaufträgen in seinem Geschäftslokale allein überläßt. Seine selbständigen Rechtshandlungen in diesem Geschäftskreise binden alsdann den Prinzipal. Wann die von einem Kollektivprokuristen allein vorgenommene und daher an und für sich ungültige Rechtshandlung durch nachträgliches Verhalten des Prinzipals als genehmigt anzusehen

Digitized by Google

ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Ratihabition durch konkludente Handlungen (OLG. Wien in GH. 1900, Nr. 23).

g) Auch gesetzliche Vollmacht zu der einzelnen in Frage kommenden Handlung kann der Kollektivprokurist haben (z. B. Zahlung im Laden; Zur Entgegennahme gerichtlicher Zustellungen wird man auch einen Kollektivprokuristen als bevollmächtigt ansehen dürfen (vergl. Art. 117, Abs. 2 HGB.; so auch Bie S. 46).

h) Handelt es sich um bloßen Rechtserwerb — alles Vorstehende betrifft nur die Vertretung in der Verpflichtung des Prinzipals — so ist nach Landesrecht zu prüfen, ob der Prinzipal durch einen allein handelnden Kollektivprokuristen Rechte erwirbt. Im österreichischen Rechte ist dies der Fall (§ 1011 ABGB. arg. a. contr. verb. „Verpflichtung"). Auf gesetzliche Kollektivvertreter (z. B. den Vorstand einer Aktiengesellschaft) ist dies analog auszudehnen, was Riesenfeld (bei Holdheim 4, S. 235) mit Unrecht leugnet (vergl. dagegen Birkenbihl, Kommentar zum Gesetze, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 190; Maurer, Kommentar zum deutschen Genossenschaftsgesetz, S. 153).

i) Wenn im Prozesse mehrere Kollektivprokuristen kraft ihrer Kollektivprokura gemeinschaftlich auftreten, so können sie nur gemeinschaftlich handeln (Skedl I, S. 355). Die eigentliche Prozeßvollmacht im Sinne des § 31 ZPO. duldet aber keine anderen als die dort angegebenen Beschränkungen und ist daher begrifflich ausgeschlossen, wenn der Bevollmächtigte nicht berechtigt sein soll, selbständig zu handeln. Daher ist in der Kollektivprokura eine „Prozeßvollmacht" nicht enthalten und die mit einer Kollektivprokura ausgestatteten Prokuristen können, auch wenn sie Advokaten sind, im Anwaltsprozesse nicht als Vertreter auftreten, können aber gemeinschaftlich einem Dritten Prozeßvollmacht erteilen (Skedl S. 355, Note 6, Horten ZPO. Nr. 340).

Artikel 42.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; sie ersetzt jede nach den Landesgesetzen erforderliche Spezialvollmacht; sie berechtigt zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist.

Einleitung. **Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht** wird hier normiert, und zwar in positiver (Abs. 1) und in negativer Abgrenzung (Abs. 2). Ausgeschlossen ist die Vertretung durch den Prokuristen, wo es überhaupt keine Vertretung gibt, z. B. bei der Einvernehmung der Parteien, bei der Unterschrift der Inventur und Bilanz.

Die Umfangsbestimmung der Prokura betrifft aber nur die Legitimation nach außen, nicht das Verhältnis zum Prinzipal. Auf etwaige Überschreitung der dem Prokuristen in Wirklichkeit erteilten Instruktionen und Beschränkungen kann sich der Prinzipal nicht berufen, aber auch der Dritte nicht. Hieher gehört auch der Fall, wenn der Prokurist einer Versicherungsgesellschaft ein nach den Gesellschaftsstatuten ungültiges Geschäft abschließt (dagegen AdlCl. 737), es wäre denn, daß die Statuten im bestimmten Falle den Charakter von objektiven Rechts-

Digitized by Google

normen hätten (vergl. zu Art. 5); anders läge der Fall, wenn der Bevollmächtigte nicht Prokurist, sondern bloß Handlungsbevollmächtigter im Sinne des Art. 47 wäre. Denn würde das von diesem geschlossene Geschäft seinem Inhalte nach von den dem Dritten bekannten Statuten abweichen, so läge kein Geschäft vor, welches der Betrieb einer derartigen Versicherungsgesellschaft mit sich bringt (Herrmann, Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten, S. 29).

1. (Abs. 1.) **Positiv wird bestimmt**, daß § 1.

a) die **Prokura zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt**, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Nicht der Betrieb des betreffenden Handelsgeschäftes ist gemeint, sondern irgendeines Handelsgewerbes (ROHG. 13, S. 224; anders Art. 47 bei der Handelsvollmacht). Nur Zustellungen von Klagen erfolgen an den Prokuristen bloß dann mit Wirkung gegen den Prinzipal, wenn sich die betreffende Rechtssache auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezieht (§§ 93, Abs. 2, 106, Abs. 1 ZPO.). Nicht bloß Rechtshandlungen, welche gewöhnlich dazu erforderlich sind, sondern auch die ungewöhnlichen und selten vorkommenden fallen in den Bereich der Prokura, aber auch nur insoweit der Betrieb sie mit sich bringt, so daß der Verkauf des Handelsgeschäftes dem Prokuristen nicht zusteht, weil das der Betrieb nicht mit sich bringt (ROHG. 23, S. 28 — wogegen der Verkauf des Fabriksinventars nicht in gleichem Widerspruche mit der Aufgabe des Prokuristen steht; Bolze 2, Nr. 675; Pollitzer S. 107; Hahn § 3; anders unsere 1. Auflage), ebenso steht dem Prokuristen nicht zu die Löschung oder Veränderung der Firma; nicht endlich die Errichtung letztwilliger Verfügungen. Zu den gerichtlichen Angelegenheiten, deren Besorgung ihm zusteht, gehört auch die Prozeßführung. Die Prokura enthält Prozeßvollmacht im Sinne des § 31 ZPO. (Skedl S. 323, Note 53; R. Pollak ZPO. S. 163), es wäre denn, daß der Prokurist minderjährig oder weiblichen Geschlechtes ist (§ 29 ZPO., Horten Nr. 357); freilich kann der Prokurist im Sinne des § 30 ZPO. ohne urkundlichen Nachweis seiner Vollmacht zu Prozeßhandlungen nicht zugelassen werden (Skedl S. 332, Note 87). Jedoch ist der urkundliche Nachweis durch Vorlage eines Registerauszuges oder Berufung auf die Handelsregistereintragungen des Prozeßgerichtes erbracht (Horten ZPO. Nr. 370), vergl. auch § 2 zu Art. 43. Die Stellung von Strafanträgen in Angelegenheit des Geschäftes fällt ebenfalls in den Bereich der Vollmacht des Prokuristen (RG. in Strafsachen 15, S. 144). Zu den außergerichtlichen Angelegenheiten gehört auch die Vertretung der Kommanditgesellschaften auf Aktien gegenüber den Kommanditisten (ROHG. 7, S. 412; 11, S. 68), die Einziehung von rückständigen Einlagen von den Gesellschaftern, der Ein- und Austritt als Mitglied einer Genossenschaft, nicht aber auch die Aufnahme dritter Personen als offene Gesellschafter (AdlEl. 1588).

b) **Sie ersetzt jede Spezialvollmacht**, die, wie es in diesem Artikel heißt, § 2. nach **den** Landesgesetzen erforderlich ist und, wie hinzugefügt werden muß, nach einem späteren Gesetze etwa erforderlich sein sollte. Insbesondere ist der Prokurist im Gegensatze zum Handlungsbevollmächtigten (Art. 47) zur Aufnahme von Darlehen, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und (vergl. zu a) zur Prozeßführung legitimiert, ferner zum Abschluß von Vergleichen, Kompromissen (E. des Schiedsgerichtes der Wiener Produktenbörse, JBl. 1900, Nr. 34), Rechtsverzichten, Ver-

Digitized by Google

sicherungsverträgen, auch zu Schenkungen, soweit sie der Geschäftsverkehr mit sich bringt.

§ 3. c) **Der Prokurist ist endlich bevollmächtigt zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten.** Dazu gehören auch Prozeßbevollmächtigte, Bevollmächtigte zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes, aber nicht Prokuristen (Art. 53).

§ 4. 2. (Abs. 1.) **Negativ ist bestimmt,** daß der Prokurist **nicht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken** ermächtigt ist. Dazu gehört vielmehr eine Spezialvollmacht, über deren Erfordernisse und Wirkungen das bürgerliche Recht entscheidet (Makower Anm. 6c, Behrend § 52, Anm. 8), da ja Verträge über Grundstücke keine Handelsgeschäfte sind.[4]) Das betrifft insbesondere die Form der Spezialvollmacht, die Möglichkeit nachträglicher Genehmigung usw. Die Spezialvollmacht braucht keineswegs ausdrücklich, sie muß nur besonders erteilt, das heißt es muß ersichtlich sein, daß der Prokurist auch zur Belastung von Grundstücken ermächtigt sein soll. Es genügt aber, wenn dies aus den Umständen ersichtlich ist (Johow 15, S. 97). Ein Beispiel liegt in der Bestellung eines Prokuristen gemeinschaftlich mit einem Vorstandsmitgliede (vergl. hierüber § 4 zu Art. 43). Damit soll natürlich nur gesagt sein, wann der Prokurist als Bevollmächtigter zum Abschluß des materiellen Veräußerungs- oder Belastungsgeschäftes anzusehen ist. Die formellen Erfordernisse und der Umfang der Vollmacht zur Ausstellung von bücherlichen Erklärungen und Anbringung von Grundbuchsgesuchen bestimmen sich ausschließlich nach dem Grundbuchsgesetze (vergl. Pollitzer, Immobiliarverkehr, S. 42 bis 51). Zur Belastung gehört nicht auch die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken (Pollitzer, Immobiliarverkehr, S. 65), indem die Vermietung und Verpachtung nach dem ABGB. im allgemeinen rein obligatorischen Geschäfte sind. Die grundbücherliche Einverleibung eines Bestandrechtes muß aber wohl als Belastung eines Grundstückes angesehen werden, wenn auch das Bestandrecht hiedurch nicht zu einem dinglichen Rechte wird (vergl. Krainz-Ehrenzweig § 40; Randa I, S. 187). Wohl befugt ist aber der Prokurist zum Erwerbe und zur Entlastung von Grundstücken. Bestellung einer Restkaufgelderhypothek bei Erwerb eines Grundstückes ist ihm durch diesen Artikel nicht verboten; das ist eine Erwerbsmodalität (OLG. Dresden in Busch, Archiv 47, S. 62).

Artikel 43.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura (Art. 42) hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gelte, oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden solle.

Der Artikel stellt die in der **Prokura** enthaltene Vollmacht als **unbeschränkbar** hin.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Unbeschränkbarkeit ist als Prinzip aufgestellt.** Das Prinzip gilt

---

[4]) Eine andere Begründung dieser Gesetzesbestimmung siehe bei Pollitzer, Immobiliarverkehr, S. 46 ff.

Digitized by Google

a) **nur gegen Dritte.** Mit dieser Seite beschäftigt sich der Artikel allein. Für das innere Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Prokuristen entscheidet der Auftrag (vergl. Vorbemerkung zu Art. 41). Die Überschreitung des Auftrages macht den Prokuristen dem Chef gegenüber verantwortlich. Das Geschäft aber bleibt gültig, und weder der Prinzipal noch der Dritte können sich auf die Überschreitung berufen.

b) **Gegenüber Dritten aber besteht die Unbeschränkbarkeit absolut.** Eine § 2.
Beschränkung darf daher nicht eingetragen werden (Johow 12, S. 30). Die dennoch eingetragene Beschränkung ist unwirksam. Auch die Kenntnis des Dritten von der vorhandenen Beschränkung macht sie nicht wirksam. Es sei denn, daß Kollusion vorläge. Diese aber ist nicht schon in jeder Kenntnis der Beschränkung zu finden (ROHG. 6, S. 131), sondern ist erst dann vorhanden, wenn der Prokurist seine nach außen unbeschränkte Legitimation mißbraucht, um absichtlich zum Nachteile des Prinzipals zu handeln, und der Dritte bei der Verwirklichung dieser Absicht wissentlich mitwirkt (RG. 9, S. 148; Bolze 4, Nr. 447). Näheres über die Kollusion § 3 zu Art. 114. Soweit die Prokura Prozeßvollmacht ist, gestattet sie auch nicht die Beschränkungen des § 32 ZPO. (Horten ZPO. Nr. 397).

2. (Abs. 2.) **Ausnahmen von dem Prinzipe der Unbeschränkbarkeit gibt es** § 3.
nicht, denn ein Prinzip leidet keine Ausnahme. So sind denn in der Tat Beschränkungen in Bezug auf Summen, Gegenstände, Geschäftszweige, Orte oder durch Hinzufügung von Bedingungen und Befristungen unwirksam.

Als keine Ausnahme, sondern als eine durch den innigen Zusammenhang zwischen Prokura und Firma gerechtfertigte Erscheinung wird es aufgefaßt, wenn ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt, einen Prokuristen nur für das unter einer Firma betriebene Geschäft bestellt, z. B. bloß für die Hauptniederlassung oder bloß für die Zweigniederlassung, wenn für beide eine verschiedene Firma besteht (so Hahn I, S. 175; Behrend § 52, N. 16; AdlEl. 1409, 1814, 2080; dagegen Randa I, S. 188; in § 50 d. HGB. ausdrücklich anerkannt). Es ist aber nicht abzusehen, welche praktische Folgen die Anerkennung einer solchen Beschränkung haben soll! Der Prokurist, wenn er auch für eine Firma oder ein Geschäft bestellt ist, bleibt ja doch zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb irgend eines Handelsgeschäftes mit sich bringt.

Nicht als Ausnahme betrachtet das Gesetz das Institut der § 4.
Kollektivprokura (Art. 41, Abs. 3). Über dieses siehe § 6 zu Art. 41.

Sonstige Ausnahmen sind nicht zulässig; denn sie erscheinen mit dem Gesetze unvereinbar. Die Praxis und auch die Theorie betrachtet eine Bestimmung als wirksam, nach der der Prokurist nur befugt ist, zusammen mit einem Gesellschafter oder einem Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zu zeichnen (ROHG. 8, S. 337; AdlEl. 2307, 2124; Puchelt Anm. 2a; Randa I, S. 190; Blaschke-Pitreich S. 66 und anscheinend auch Canstein § 18, N. 61 und 95). So wünschenswert es wäre, diese Rechtsbildung, für deren offenbares Bedürfnis die Häufigkeit spricht, mit der sie im Handelsverkehre erscheint, mit dem Gesetze zu vereinen, so ist doch nicht zu verkennen, daß sie durch das Gesetz verboten ist. Denn sie widerspricht sowohl den Vorschriften über die Prokura, als den Vorschriften über den Vorstand einer Aktiengesellschaft. Eine Kollektivprokura

Digitized by Google

nach Art. 41, Abs. 3 liegt nicht vor, denn bei dieser sind die mehreren Bevollmächtigten vom Prinzipal verschieden, es soll aber eine der Kollektivprokura verwandte Rechtsbildung sein. Allein nach Art. 43 ist jede im Gesetze nicht vorgesehene Art der Beschränkung ausgeschlossen, nach Art. 41 und 42 gehört zum Begriffe der Prokura die generelle Vertretungsbefugnis, also die Befreiung von der Zustimmung des Prinzipals im Einzelfalle, und nach Art. 231 ist jede Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes Dritten gegenüber wirkungslos. Daß jene Rechtsbildung eine Prokura nicht darstellt, gibt auch Keyßner in GZ. 14, S. 452 zu, als gewöhnlicher Handlungsvollmacht aber ist ihr das Handelsregister im allgemeinen verschlossen (§ 2 zu Art. 12). Das Gleiche gilt von einer Prokura in Gemeinschaft mit einem vertretungsberechtigten Sozius. Ihr stehen auch Art. 114 und 116 entgegen (zust. Neukamp, S. 117; Behrend § 125, Anm. 12; a. M. Bie, S. 19, dessen Ausführungen nicht überzeugen und, soweit sie eine gewohnheitsrechtliche Bildung annehmen, schon mit Art. 1 in Widerspruch treten). Hält man aber eine derartige Kollektivvollmacht für zulässig, so muß man mit dem Kammergericht (bei Johow 15, S. 97) annehmen, daß hierin die sachliche Erweiterung der Prokuravollmacht auf den Umfang der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitgliedes liegt.[5]) Bloß bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist kraft positiver Gesetzesvorschrift die Erteilung einer solchen Prokura unter bestimmten Voraussetzungen zulässig; § 18, Abs. 3 des GmbHG. bestimmt nämlich: „Der Gesellschaftsvertrag kann, wenn mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, zur Vertretung der Gesellschaft auch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, der zur Mitzeichnung der Firma berechtigt ist (Art. 41, Abs. 3 HGB.) berufen."

§ 5. **Zusatz. Eine Erweiterung der Prokura** über den gesetzlichen Umfang hinaus ist, erlaubt, aber im Register nicht zu vermerken (Schultze-Görlitz S. 454; Canstein I, S. 291).

Artikel 44.

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma einen die Prokura andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügt.

Bei einer Kollektivprokura hat jeder Prokurist der mit diesem Zusatze versehenen Firmazeichnung seinen Namen beizufügen.

§ 1. **Die Vorschriften dieses Artikels über die Form der Prokurazeichnung** sind, wie schon im P. 959 zum Ausdrucke kam, nur Ordnungsvorschriften, oder wie Thöl S. 202 treffend bemerkt, nur ein Wunsch des Gesetzgebers, keine Rechtssätze (ebenso Blaschke-Pitreich S. 67; Randa I, S. 191). So sind sie auch vom ROHG. stets aufgefaßt worden. Dasselbe hat wiederholt ausgesprochen, daß von der Beachtung der hier vorgesehenen Form die Rechtsbeständigkeit der Zeichnung nicht abhängt, daß der Prinzipal vielmehr auch verpflichtet wird, wenn die Firma ohne Zusatz oder der Name des Prokuristen ohne Firma gezeichnet ist (Bd. 10, S. 56; Bd. 12, S. 133), oder wenn die Formvorschrift nur teilweise befolgt ist, z. B. p. p. ohne den Namen des Prokuristen (Bd. 18, S. 99) oder der Name des Prokuristen mit vorgedruckter Firma (Bd. 14, S. 319), oder endlich gar der Name des Prokuristen allein, falls nur aus den Umständen her-

[5]) Nach dem deutschen HGB. ist jetzt eine derartige Beschränkung der Prokura gesetzlich zulässig (vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 5 zu § 50).

Digitized by Google

vorgeht, daß er als Prokurist gehandelt habe (Art. 52, Abs. 2; ROHG. 15, S. 76). Auf dem gleichen Standpunkte steht das Kammergericht (Johow 11, S. 37; 13, S. 171; vergl. auch RG. 25, S. 118, und Schiedsgericht der Wiener Produktenbörse, JBl. 1900, Nr. 34). Bezüglich der in Art. 48 enthaltenen entsprechenden Vorschrift für den Handlungsbevollmächtigten wird die hier vertretene Ansicht bei AmtlS. 936 gebilligt. Für Formalakte sind strengere Erfordernisse aufzustellen (Staub, WO., 4. Aufl., § 8a und § 8b zu Art. 95; vergl. Grünhut, Wechselrecht I, S. 322). Es kommt nur darauf an, daß ausdrücklich oder nach den Umständen für den Prinzipal gehandelt werden sollte (Art. 52).

Daraus folgt, daß die Erklärung des Prokuristen auch mündlich erfolgen § 2.
kann, ja das Zusammenwirken der Kollektivprokuristen kann auf konkludenter Handlung beruhen (vergl. § 6 zu Art. 41).

Artikel 45.

Die Erteilung der Prokura ist vom Prinzipal persönlich oder in beglaubigter Form beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen (Art. 44) oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Das Erlöschen der Prokura ist von dem Prinzipal in gleicher Weise zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Beteiligten sind zur Befolgung dieser Vorschriften von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Die Eintragung der Prokura und ihres Erlöschens, welche hier angeordnet ist, geht Hand in Hand mit der Eintragung der Firma. Die Prokura ist die einzige Handlungsvollmacht, welche eintragungspflichtig ist. Die Eintragung der Prokura ist aber nicht wesentlich für ihre Erteilung und ihre Existenz, sondern nur als Ordnungsvorschrift angeordnet. Dieselbe kann auch mündlich und faktisch erteilt werden (§ 5 zu Art. 41), und umgekehrt ist eine nicht angemeldete, sondern nur durch das Versehen des Registerbeamten eingetragene Prokura rechtsunverbindlich (ROHG. 23, S. 285; vergl. § 7 zu Art. 12).

1. (Abs. 1.) **Die Anmeldung liegt dem Prinzipal ob oder mit seiner Einwilligung einem anderen Prokuristen** (vergl. Art. 53). Bei Handelsgesellschaften sind diejenigen Personen, welche die Gesellschaft nach außen zu vertreten berechtigt sind, zur Anmeldung legitimiert, nicht notwendig alle Gesellschafter oder alle Vorstandsmitglieder (Pollitzer S. 110; AdlEl. 1080, 1506, 1546; AdlEl. 1482 [zweite Instanz]; dagegen AdlEl. 1309; vergl. § 1d zu Art. 12, und § 2 zu Art. 118). § 1.
2. (Abs. 2.) **Der Prokurist hat seine Firmenzeichnung einzureichen,** und zwar hat er nach dem Wortlaute des Gesetzes die Firma und seine Namensunterschrift zu zeichnen, ein Stempeldruck der Firma genügt nicht. Das gilt auch für die Aktiengesellschaft (Johow 11, S. 37). § 2.
3. (Abs. 3.) **Das Erlöschen ist in gleicher Weise von dem Prinzipal anzumelden,** und zwar **jedes Erlöschen**: durch Widerruf, welcher jederzeit stattfinden kann (Art. 54), durch Aufkündigung seitens des Prokuristen, Tod desselben (nicht des Prinzipals, Art. 54, Abs. 2), Geschäftsaufgabe, Liquidation der Gesellschaft (vergl. § 3 zu Art. 41), Zeitablauf, Wegfall der § 3.

Digitized by Google

Bedingung; doch alles dies nur, wenn die Prokura eingetragen war (anders Puchelt, Anm. 4); indessen ist die Eintragung des Erlöschens in jedem Falle wichtig wegen der Folgen des Art. 46 (vergl. § 5 daselbst). **Die Anmeldung des Erlöschens liegt dem Prinzipal ob** (oben § 1). Dem Prokuristen wird man aber wegen Art. 56 und auch sonst ein Recht zugestehen müssen, zumal in den Fällen eigener Kündigung, auf Bewirkung der Anmeldung hinzuwirken, sowohl durch Anträge beim Registergerichte (§ 1 zu Art. 26), als auch durch Klage gegen den Prinzipal.

§ 4. 4. (Abs. 4.) **Die Nichtbefolgung dieser Vorschriften hat Ordnungsstrafen zur Folge** (vergl. § 1 zu Art. 26).

Artikel 46.

Wenn das Erlöschen der Prokura nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, so kann der Prinzipal dasselbe einem Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er beweist, daß es letzterem beim Abschlusse des Geschäftes bekannt war.

Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muß ein Dritter das Erlöschen der Prokura gegen sich gelten lassen, sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, daß er das Erlöschen beim Abschlusse des Geschäftes weder gekannt habe noch habe kennen müssen.

Einleitung. **Die Bestimmungen über erfolgte und unterbliebene Registrierung des Erlöschens der Prokura** entsprechen den Bestimmungen des Art. 25. Es gelten daher die dort gegebenen Erläuterungen entsprechend, insbesondere §§ 3 und 4. Hinzuzufügen ist folgendes:

§ 1. 1. Da Beschränkungen irgendwelcher Art, insbesondere Zeitbeschränkungen und Bedingungen auch dann nicht gelten, wenn sie eingetragen sind, so ist, wenn die Prokura durch Ablauf der Zeitbestimmung oder durch Wegfall der Bedingung erlischt, das Erlöschen auch in diesem Falle einzutragen.

§ 2. 2. Aus dem Erlöschen der Firma folgt auch das Erlöschen der Prokura, wenn dabei gleichzeitig die Kaufmannseigenschaft erlischt (vergl. § 4 zu Art. 54), weshalb, wer diese Umstände kannte oder kennen mußte, auch das Erlöschen der Prokura gegen sich gelten lassen muß (B. Mayer S. 504).

§ 3. 3. Der Artikel kann auch auf das innere Verhältnis zwischen Prokuristen und Prinzipal analoge Anwendung finden. Denn es kann vorkommen, daß der Prokurist die Löschung seiner Prokura nicht kannte.

§ 4. 4. Auf Handlungsbevollmächtigte findet der Artikel keine Anwendung (ROHG. 4, S. 302). Hierüber in Art. 54.

§ 5. 5. Wohl aber bezieht sich der Artikel auch auf nicht eingetragene Prokuren. Diese müssen, wenn ihr Erlöschen dem Dritten gegenüber gelten soll, zunächst eingetragen, alsdann wieder gelöscht werden (vergl. § 2 zu Art. 25).

§ 6. 6. Die Zeit des Geschäftsabschlusses ist der maßgebende Zeitpunkt, in dem die Kenntnis oder Unkenntnis des Dritten von Bedeutung ist; denn in diesem Augenblicke muß sich der Dritte über den Bestand der Vertretungsrecht klar sein (B. Mayer S. 323).

Digitized by Google

Artikel 47.

Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Erteilung der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften, in seinem Handelsgewerbe bestellt (Handlungsbevollmächtigter), so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Jedoch ist der Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugnis besonders erteilt ist.

Im übrigen bedarf er zu den Geschäften, auf welche sich seine Vollmacht erstreckt, der in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Spezialvollmacht nicht.

Den Bestimmungen über den Umfang der Handlungsvollmacht, welche der vorliegende Artikel gibt, ist eine allgemeine Erörterung des Wesens der Handlungsvollmacht vorauszuschicken.

Einleitung.

Im Gegensatze zur Prokura, deren Inhalt gesetzlich fixiert und uneinschränkbar ist, beruht der Inhalt der Handlungsvollmacht lediglich auf dem Willen des Machtgebers: die Handlungsvollmacht hat den Inhalt, den der Prinzipal ihr gibt.

Welchen Inhalt aber der Prinzipal der Vollmacht gibt, das richtet sich nach dem in die äußere Erscheinung tretenden Verhalten des Prinzipals. Denn die Vollmacht ist wohl zu unterscheiden von dem Auftrage. Dieser berührt das innere Verhältnis des Prinzipals zum Vertreter, während die Vollmacht die Legitimation gegenüber Dritten regelt (vergl. Vorbemerkung zu Art. 41).[6]) Wenn freilich, was häufig der Fall sein wird, für das innere Verhältnis besondere Anweisungen nicht gegeben sind, so werden für die Frage der Machtbefugnis des Bevollmächtigten auch im Verhältnis zum Prinzipal die Bestimmungen dieses Artikels maßgebend sein, und von diesem Gesichtspunkte aus ist die Entscheidung des ROHG. 24, S. 196, der sich Blaschke-Pitreich S. 71, anschließt, zutreffend, wenn sie sagt, daß dieser Artikel auch das Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsbevollmächtigten betrifft.

Festzuhalten ist jedenfalls, daß der Artikel ex professo sich nicht mit dem Auftrage, sondern mit der Handlungsvollmacht beschäftigt, und für den Umfang dieser nach außen geltenden Legitimation ist diejenige Willensmeinung des Prinzipals maßgebend, die aus seinem äußeren Verhalten zu erkennen ist, mit anderen Worten: **maßgebend ist, wie die Bevollmächtigung in die äußere Erscheinung tritt**, (vergl. Bolze 3, Nr. 436; 7, Nr. 344; AdlCl. 2260). Das bezieht sich zunächst auf die Frage, ob und in welchem Umfange jemand überhaupt als bevollmächtigt anzusehen ist. Ganz besonders aber wichtig wird dies mit Bezug auf die Fälle, in denen der Bevollmächtigte mit bestimmten Anweisungen versehen ist oder in denen der Prinzipal der Vollmacht einen anderen, eingeschränkteren Inhalt geben will, als man nach der Vorschrift des vorliegenden Artikels ihr beizulegen berechtigt ist.

---

[6]) Nach innen kann der Handlungsbevollmächtigte auch für eigene Rechnung handeln, z. B. eine Filiale für eigene Rechnung betreiben. Darauf kommt es dem Dritten gegenüber nicht an, wenn Handeln im Namen des Prinzipals vorliegt.

Digitized by Google

Die Frage, wie der Prinzipal seinen Willen in die Erscheinung treten zu lassen hat, damit die Vollmacht den von ihm gewollten Inhalt habe, damit insbesondere bestimmte Anweisungen und Einschränkungen gegen Dritte gelten sollen, beantwortet sich dahin, daß streng genommen der Prinzipal diesem Erfordernisse nur dann genügt, wenn er sie dem kontrahierenden Dritten mitgeteilt hat. Kannte dieser den Inhalt, den der Prinzipal der Vollmacht geben wollte, kannte er insbesondere bestimmte Anweisungen und Einschränkungen, dann ist er jedenfalls daran gebunden. Aber bei der Unausführbarkeit einer Kundmachung an jedermann hat sich ein — echter — Handelsgebrauch herausgebildet (vergl. Behrend § 9, Nr. II), wonach eine in üblicher Weise publizierte Tatsache als allgemein bekannt betrachtet wird, doch so, daß die Unkenntnis der gehörig publizierten Tatsache der vorschützen kann, der dartut, daß für ihn der Inhalt der Kundgebung selbst bei entsprechender Aufmerksamkeit nicht in Erfahrung zu bringen war. So ist z. B. ein an auffallender Stelle im Laden sichtbarer Anschlag, daß nur an der Kasse zu zahlen ist, eine jeden Käufer bindende Einschränkung der Vollmacht aller übrigen Angestellten in Bezug auf die Inkassobefugnis.

Danach regelt sich gleichzeitig die Beweislast. Der Prinzipal hat zu beweisen, daß der Dritte die maßgebende Tatsache kannte, oder daß er seinerseits alles getan, was normalerweise genügt, um ein Kennenmüssen jedes Dritten herbeizuführen. Alsdann bleibt es dem Dritten überlassen, die außergewöhnlichen Umstände, durch welche sein trotzdem vorhandenes Nichtwissen entschuldigt wird, darzutun und zu beweisen (vergl. § 3 zu Art. 25).

Auf diesen Gesichtspunkten beruht die Judikatur des Obersten Gerichtshofes und des deutschen Reichsgerichtes. Die wichtigsten dieser Präjudize seien hervorgehoben:

a) Wenn ein Prinzipal es zuläßt, daß ein anderer sich als sein Handlungsbevollmächtigter geriert, Briefe als Handlungsbevollmächtigter zeichnet usw., so liegt darin die Erteilung einer generellen Handlungsvollmacht (RG. 1, S. 8). Ebenso wenn Liquidatoren ihrem Angestellten den Firmenstempel zur Verfügung stellen und zulassen, daß derselbe Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhaltes abgibt (Bolze 3, Nr. 436). Im letzteren Falle wurde der Angestellte für bevollmächtigt erachtet, eine Anweisung auf Schuld zu akzeptieren.

b) Hat der Bevollmächtigte in den Grenzen der gesetzlichen Vollmacht gehandelt, so gereicht es dem Prinzipal und nicht dem Dritten zum Nachteil, wenn der Bevollmächtigte aus Irrtum, aus Mißverständnis der ihm vom Prinzipal erteilten Anweisung dem Willen des Prinzipals entgegengehandelt hat. Das berührt lediglich die innere Seite, den Auftrag (RG. 1, S. 9).

c) Aus dem Verhalten des Prinzipals bei der Ausführung früherer durch den Bevollmächtigten abgeschlossener Geschäfte sind Folgerungen auf den Umfang der Vollmacht zulässig (ROHG. 10, S. 142; AblCl. 1500, GlUNF. 1435). Mit vollem Rechte bemerkt aber Herrmann a. a. O. S. 27, daß die Erteilung einer Vollmacht hinsichtlich der erst abzuschließenden Geschäfte nur in dem Tatbestande einer wiederholten stillschweigenden Ratihabition unbefugt geschlossener Geschäfte erblickt werden kann; denn ausdrückliche Ratihabition macht den Mangel einer Vollmacht zum Abschlusse derartiger Geschäfte deutlich kennbar.

d) Die praktisch wichtige Frage nach der Inkassovollmacht anlangend, so besitzt jeder Bevollmächtigte dieselbe, zu dessen Tätigkeitskreis die Ein-

Digitized by Google

kassierung gewöhnlich gehört (vergl. Abs. 1). Aber abgesehen hievon kann eine Bevollmächtigung zur Einkassierung aus dem Verhalten des Prinzipals entnommen werden. Ein solches Verhalten liegt nicht in der bloßen Tatsache, daß der Prinzipal die dem Gehilfen eingehändigte Zahlung unbeanstandet und ohne Widerspruch in Empfang nahm; denn eine ihm überbrachte Zahlung kann der Prinzipal entgegennehmen, durch wen sie ihm geschickt wird, er hat keine Veranlassung, sie zu beanstanden oder gegen sie zu protestieren (AdlEl. 1668; ROHG. 19, S. 127; während AdlEl. 853 und ROHG. 9, S. 104 und 13, S. 211 von anderen Anschauungen ausgehen), wohl aber darin, daß der Gehilfe ganz gewöhnlich in Abwesenheit des Prinzipals für diesen Geldzahlungen in Empfang nimmt (GlUNF. 1435; RG. bei Puchelt, Anm. 3), und ebenso darin, daß der Prinzipal es zugelassen hat, daß der Gehilfe wiederholt Gelder gegen Blankoquittung abgehoben hat (ROHG. 11, S. 33). Es kommt in solchen Fällen nicht darauf an, ob der Gehilfe allgemein oder im einzelnen Falle den Auftrag hatte, einzukassieren, weil eben für das Vorhandensein der Vollmacht nur die äußeren Umstände entscheidend sind. In AdlEl. 1498 hat der OGH. nicht ausgesprochen, daß der Handlungsbevollmächtigte einer besonderen Vollmacht zur Einkassierung von Geld bedürfe, sondern nur in dem betreffenden Falle das Vorhandensein einer Handlungsvollmacht in Abrede gestellt und seine Entscheidung mit Berufung auf § 1008 ABGB. begründet (vergl. Canstein § 18, Note 100).

e) Der Dritte darf, wenn keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen, dem Institor trauen hinsichtlich der ausgesprochenen oder tatsächlichen Angaben desselben über den Umfang seiner Vollmacht, und ein Mißbrauch seitens des Institors ist im Zweifel von dem Prinzipal zu vertreten (ROHG. 10, S. 143; AdlEl. 1106; Canstein I, S. 304). Dies folgt richtig aus dem oben in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkte, daß für den Dritten die äußere Erscheinung der Vollmacht maßgebend ist. Ohneweiters dem Handlungsbevollmächtigten trauen darf der Dritte nicht. In dem vom ROHG. entschiedenen Falle war der Ehemann von der Ehefrau nur zum Einkaufe von Waren bei der Ehefrau bekannten Firmen berechtigt; in dem anderen Falle (AdlEl. 1106) war der Ehemann nur berechtigt, Waren am Orte der Handelsniederlassung einzukaufen, während sich am Geschäftslokale die allgemein lautende Aufschrift: Repräsentant C. (Name des Ehemannes) befand. Der Ehemann hatte im ersten Falle bei verschiedenen Firmen, im zweiten auch an auswärtigen Plätzen Waren eingekauft. In die äußere Erscheinung trat nur die Bevollmächtigung zu Einkäufen, die Beschränkungen, daß dies nur bei Firmen, die der Beklagten bekannt waren und sich am Orte der Handelsniederlassung befanden, geschehen sollte, traten nicht in die Erscheinung, und aus diesem Grunde galt der Ehemann Dritten gegenüber zu Einkäufen überhaupt bevollmächtigt (ähnlich lag der Fall bei Bolze 7, Nr. 344, desgleichen bei AdlEl. 961). Richtig formuliert ist der Grundsatz ferner in den Gründen des OLG. bei AdlEl. 1734 und in dem Erkenntnis des ROHG. v. 23. Juli 1877, welches Keyßner Anm. 8 mitteilt (vergl. ROHG. 5, S. 207; 16, S. 127; 23, S. 348).

f) Dem Dritten, welcher gegen den ihm bekannten Inhalt der Handlungsvollmacht mit dem Handlungsbevollmächtigten kontrahierte, steht kein Anspruch gegen den Prinzipal zu (ROHG. 12,

Digitized by Google

S. 279) und ebenso, wenn er den Inhalt hätte kennen sollen (ROHG. 5, S. 209; 20, S. 122).

g) Ein Kaufmann, der Telephonanschluß hat, ermächtigt hiedurch noch nicht seine Angestellten zur Abgabe und Entgegennahme rechtsverbindlicher Erklärungen auf telephonischem Wege. Der Gesichtspunkt, daß das Telephon eine außergewöhnliche Einrichtung ist und daher der Inhaber alle mit der Handhabung dieser Einrichtung verbundenen Gefahren zu tragen habe, läßt sich heute gewiß nicht mehr aufrecht halten (Randa I. S. 194; ausführliche Literaturangaben bei Staub, 8. Aufl., Anm. 13 zu § 54; vergl. insbesondere Joerges, Zum Rechte des Fernsprechverkehrs, GZ. 56. S. 44 ff.; ferner Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 104 ff.). Auch die von Randa a. a. O. ausgesprochene Ansicht, daß der Besitzer des Telephons den durch Benützung seitens Unberufener verursachten Schaden verantwortet, läßt sich nicht begründen (Staub, 8. Aufl. a. a. O.). Wieder auf anderem Gebiete liegt die Frage nach den Folgen tatsächlich vorgekommener Irrtümer und Mißverständnisse. Diese Frage richtet sich nach §§ 869 bis 877 ABGB.

h) Derjenige, der bei der Gewerbebehörde als Inhaber eines Handelsgewerbes angemeldet erscheint, und die Ausübung des Gewerbes ohne behördliche Anzeige einem anderen überlassen hat, haftet allen jenen Personen, welche von diesem Verhältnisse keine Kenntnis hatten, aus den im Betriebe des Handelsgewerbes von dessen faktischen Inhaber geschlossenen Geschäften (AdlCl. 1843, 2008; vergl. hiezu Mataja, Grundriß des Gewerberechtes, S. 16). Einen ähnlichen Rechtssatz hat der OGH. bei AdlCl. 2352 ausgesprochen (Haftung desjenigen, der die Anbringung seines Namens auf dem Firmenschilde eines einem anderen gehörenden Geschäftslokales gestattet). In den beiden ersterwähnten Entscheidungen sind bei der Begründung die Art. 47 und 52 angeführt. Es handelt sich jedoch in beiden Fällen nicht um die Haftung auf Grund einer stillschweigend erteilten Vollmacht, sondern den Rechtsgrund der Haftung bildet die Setzung eines den äußeren Anschein einer Vollmacht erzeugenden bestimmten Tatbestandes gegenüber dem öffentlichen Verkehr (vergl. Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 253).

§ 1. In dem vorliegenden Artikel ist zwar das in der Einleitung Vorgetragene nicht ausgesprochen, es ist aber aus dem Wesen der Vollmacht zu entnehmen und zur Anwendung der über die Handlungsvollmacht gegebenen Vorschriften unerläßlich. **Der vorliegende Artikel selbst beschäftigt sich mit dem gesetzlichen Umfange der Handlungsvollmacht.** Die Vorschriften gehen von der Grundanschauung aus, daß maßgebend für den Inhalt der Vollmacht die äußere Erscheinung derselben ist, und da erfahrungsgemäß diese äußere Erscheinung nicht in der Erteilung detaillierter Anweisungen, sondern in der Zuteilung eines bestimmten größeren oder geringeren Tätigkeitskreises besteht, so hat es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten, gesetzlich zu bestimmen, welchen Umfang die in der Zuteilung eines solchen Geschäftskreises liegende Vollmacht haben soll. Doch sind Abänderungen durch den Prinzipal zulässig. Wie sie zu geschehen haben, damit sie gegen Dritte wirken, ist oben in der Einleitung dargelegt.

Die Erläuterung des Artikels erfolgt nach folgenden Gesichtspunkten:

§ 2. 1. **Die Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten.** Eine Form der Bestellung ist nicht vorgeschrieben (ROHG. 7, S. 57). Sie kann auch mündlich erfolgen, auch durch konkludente Handlungen (ROHG. ebd.; RG. 1, S. 9; AdlCl. 1875, 2008; vergl. Krainz-Ehrenzweig § 123; Canstein S. 303). Ist die schriftlich erteilte Ermächtigung zur Vorweisung an

Digitized by Google

Dritte ausdrücklich bestimmt, so wird der auf Grund dieser Ermächtigung handelnde Machthaber offener Stellvertreter im Sinne des § 1017 ABGB. oder Handlungsbevollmächtigter im Sinne des Art. 47 HGB., ohne daß es darauf ankommt, ob in der Urkunde der Ausdruck „Auftrag" oder „Vollmacht" gebraucht wird (GlU. 10.617; dagegen AdlCl. 1073, richtig zweite Instanz dortselbst; vergl. Krainz-Ehrenzweig § 123). Eine Registrierung ist nicht vorgesehen und hat daher nicht zu erfolgen (Art. 12; AdlCl. 1216, 1269). Wer zum Handlungsbevollmächtigten bestellt werden kann, ist ebenfalls nicht gesagt. Es ist daher nichts weiter erforderlich, als die Handlungsfähigkeit (vergl. § 2 zu Art. 41). Auch ein selbständiger Kaufmann kann Handlungsbevollmächtigter sein, auch der stille Gesellschafter. Es ist nicht erforderlich, daß, wie das ROHG. anscheinend annimmt, der Handlungsbevollmächtigte in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipal stehe (ROHG. 1, S. 50; 5, S. 105; 15, S. 405; Canstein § 18, Note 57 b). Er kann in einem Dienstverhältnisse stehen, z. B. Handlungsgehilfe sein; aber er braucht in einem Dienstverhältnisse zum Prinzipal überhaupt nicht zu stehen; so z. B. wenn ein Freund oder die Ehefrau Vollmacht erhält (übereinstimmend Cosack § 19; so auch AdlCl. 1473, indem der OGH. den Art. 49 auf den wandernden Agenten anwendet, obwohl er dem Agenten jedes Abhängigkeitsverhältnis zum Prinzipal abspricht — ebd. Nr. 1311 und 1875). Auch mehreren Personen kann, wo das Landesrecht dies zuläßt, Kollektivhandlungsvollmacht erteilt werden (für Österreich vergl. § 1011 ABGB.). Der Erteiler der Handlungsvollmacht kann auch ein Minderkaufmann sein, anders als beim Prokuristen; für den Prinzipal kann sie auch der Prokurist erteilen (Art. 41), auch kann der generelle Handlungsbevollmächtigte eine begrenzte Vollmacht erteilen, wenn dies der Betrieb gewöhnlich mit sich bringt (Art. 53).

2. (Abs. 2.) **Der zugeteilte Geschäftskreis** ist entweder der Betrieb des ganzen Handelsgewerbes, wie beim römischen institor; oder eine bestimmte Art von Geschäften (Beispiele: Zahlkellner, Omnibusschaffner, welche Fahrkarten verkaufen, Fabriksdirektoren, Versicherungsinspektoren, Werkführer, vergl. Behrend § 53, Anm. 6; Canstein I, S. 308); oder endlich einzelne Geschäfte, also auch ein einzelnes Geschäft (ROHG. 1, S. 252; 16, S. 131; Behrend § 53, Anm. 5; anders Bolze 9, Nr. 215; Cosack S. 95). Dagegen ist derjenige, der zum technischen Leiter einer Fabrik bestellt ist, nur zu denjenigen Rechtshandlungen befugt, welche die Erzeugung der Waren, die in diesem Handelsgewerbe umgesetzt werden, mit sich bringt, nicht aber zu Rechtsgeschäften, welche die Anschaffung von Rohmaterialien oder den Verschleiß der fertigen Fabrikate betreffen (AdlCl. 1623; Blaschke-Pitreich S. 69). Der vom Eigentümer einer Zeitung angestellte Herausgeber ist zur Bestellung von Druckpapier ermächtigt (AdlCl. 2220). Der in einem Annoncenankündigungsbureau einer Zeitung angestellte Beamte ist nur zur Entgegennahme der Insertionsaufträge, nicht zur Entscheidung über die Aufnahme der Inserate bevollmächtigt; letztere Entscheidung steht der Redaktion zu (AdlCl. 2111; vergl. insbesondere die den Hinweis auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Redakteurs enthaltenden Gründe der zweiten Instanz). Ein Kassier ist nicht zur Empfangnahme verwaltungsbehördlicher Entscheidungen ermächtigt (Budwinski 14.411). Zum Unterschiede von derjenigen Handlungsvollmacht, von welcher der vorliegende Artikel spricht, handelt Art. 298 von der Handlungsvollmacht, bei welcher schlechthin von der § 3.

Digitized by Google

Vollmacht zu Handelsgeschäften die Rede ist, gleichviel ob der Vertretene ein Kaufmann ist oder nicht (vergl. Wendt bei Endemann I, S. 295, und Blaschke-Pitreich S. 69, der für die Handlungsvollmacht nach Art. 47 zum Unterschiede von der nach Art. 298 den Umstand für wesentlich hält, daß der Vertreter dem Organismus des Handelsgewerbes angehört; vergl. oben § 1).

§ 4. 3. **Die Wirkungen der Erteilung der Handlungsvollmacht** sind im vorliegenden nicht glücklich redigierten Artikel nicht mit voller Klarheit zum Ausdrucke gebracht. Die Fassung des Artikels läßt die Deutung zu, als ob sowohl der Generalhandlungsbevollmächtigte, wie der Spezialhandlungsbevollmächtigte zu allen Geschäften ermächtigt wäre, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte mit sich bringt. Doch ist das nicht gemeint, das „oder" bedeutet so viel als „beziehungsweise". Es soll der Generalhandlungsbevollmächtigte zu allen Geschäften, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes, und der Spezialhandlungsbevollmächtigte zu allen Geschäften ermächtigt sein, welche die Ausführung solcher Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, wie sie ihm anvertraut sind.

a) **Der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes** — im Gegensatze zum Prokuristen, der zu allem berechtigt ist, was der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt. Sicherlich aber ist der Handlungsbevollmächtigte ermächtigt zu allem, was in dem Betriebe des betreffenden vom Prinzipal geführten Handelsgewerbes üblich ist. Hält sich der Handlungsbevollmächtigte in diesen Schranken, so kommt es auf die allgemeine Üblichkeit nicht mehr an (ROHG. 6, S. 153).

b) **Die Ausführung derartiger Geschäfte.** Damit soll gesagt sein, daß der Handlungsbevollmächtigte nicht bloß die Geschäfte abschließen, sondern auch die später notwendigen Verhandlungen, sowie die auf die Ausgleichung von Schwierigkeiten bei der Ausführung abzielenden führen darf, was sich auch auf die Vollmacht zu einzelnen Geschäften bezieht (Str. Archiv 69, S. 348).

c) **Gewöhnlich mit sich bringt.** Der Handlungsbevollmächtigte darf im Gegensatze zum Prokuristen nichts tun, was im Geschäftsbetriebe ungewöhnlich und selten ist, aber alles das, was der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt; ob darunter Zahlungsempfangnahme, Fristbewilligungen, Vergleichsabschlüsse, Nachlässe usw. verstanden werden, beantwortet sich danach, ob es bei der Natur des betreffenden Handelsgewerbes, der betreffenden Stellung, der Verkehrsbedürfnisse, und der kaufmännischen Gebräuche anzunehmen ist (ROHG. 6, S. 400; AdlEl. 276; Canstein S. 305). Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die Frage zu entscheiden, ob der Handlungsbevollmächtigte zur Kreditgewährung berechtigt ist. Mit Unrecht wird ihm diese Befugnis in AdlEl. 914 ganz allgemein abgesprochen; insbesondere ist die dortselbst enthaltene Berufung auf § 1031 ABGB. unzutreffend, da dieser Paragraph für das Gebiet des Handelsrechtes gemäß Art. 1 durch Art. 47, soweit er mit demselben im Widerspruche steht, aufgehoben ist (Saxl a. a. O. S. 136).

Für ungewöhnlich hat das ROHG. bei einem zum Abschluß eines Kaufgeschäftes über Kurs habende und im Kurse schwankende Effekten durch den Bevollmächtigten die Prolongation des Engagements erklärt (Bd. 1, S. 255); ebenso ist von der Rechtsprechung die Annahme eines Wechsels an Zahlungsstatt für ungewöhnlich erklärt

Digitized by Google

worden (Hofgericht Gießen, GZ. 2, S. 402), ebenso die Stipulierung einer Konventionalstrafe in einem Galanteriewarengeschäfte (Handelsgericht Wien v. 7. Sept. 1898, Bc. XI. 26/98 [nicht veröffentlicht]); für gewöhnlich bei einem Agenten, der als ständiger Handlungsbevollmächtigter für die Getreideverkäufe des Prinzipals zu betrachten war, die Entgegennahme der Ausstellungen der Käufer gegen die Beschaffenheit der gelieferten Ware (ROHG. 12, S. 9), bei einem generellen Handlungsbevollmächtigten die Untersuchung und Beanstandung, sowie die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der ankommenden Warensendungen (ROHG. 15, S. 305). (Vergl. noch § 5.)

Zu unterscheiden sind übrigens oft die Handlungen selbst und die mit ihnen verknüpften Präjudize. In der Zahlungsempfangnahme liegt z. B. oft ein Rechtsverzicht, die Empfangnahme der Zahlung durch den Bevollmächtigten begründet aber den Rechtsverzicht nicht ohneweiters (Hahn § 11; vergl. Art. 50, § 5 a. E.).

4. **Als außerhalb der Handlungsvollmacht liegend und daher besonderer Vollmacht bedürftig** ist vom Gesetze bezeichnet die Befugnis zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, also auch die zu Girierungen (AdlCl. 2339), außer nach Protest, als Prokuraindossament und ohne Obligo (Canstein I, S. 307); zur Aufnahme von Darlehen, wozu die Benützung des Bankkredits aber nicht gehört (Puchelt Anm. 6), und zur Prozeßführung. Daher ist auch die besondere Vollmacht zur Prozeßführung notwendig, wenn der Handlungsbevollmächtigte um Bewilligung der Exekution zu Gunsten des Prinzipals ansuchen will (vergl. §§ 31 und 30, Abs. 1 ZPO., anders für das frühere Recht AdlCl. 407). Die besondere Vollmacht muß nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend geschehen (Allfeld S. 281); vergl. § 4 zu Art. 42), muß ferner nicht speziell, sondern kann auch generell erfolgen (Bolze 6, Nr. 325). § 5.

Das sind die Fälle, in denen jeder Handlungsbevollmächtigte einer besonderen Vollmacht bedarf. Außerdem bedarf er einer besonderen Vollmacht zu allen in seinem speziellen Tätigkeitskreise ungewöhnlichen Geschäften. Bei der Auslegung solcher besonderer Vollmachten darf man nicht engherzig vorgehen. So ist z. B. die Vollmacht des Prinzipals, ihn in einer Gläubigerversammlung zu vertreten, für die Zustimmungserklärung zu einem außergerichtlichen Akkord in jener Versammlung genügend, denn das ist die einzige erhebliche Erklärung, um die es sich dabei handelt (vergl. Bolze 13, Nr. 668; AdlCl. 573 spricht nicht das Gegenteil aus, sondern nimmt nur im vorliegenden Falle keine Handlungsvollmacht an).

5. **Im übrigen ist Spezialvollmacht nicht erforderlich.** Hiedurch erscheint § 1008 ABGB., soweit das Anwendungsgebiet des Art. 47 reicht, aufgehoben. Auffallend ist, daß eine solche auch nicht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken für notwendig erklärt ist, während sogar dem Prokuristen diese Beschränkung auferlegt ist. Hahn und Allfeld S. 282 wollen sie ihm deshalb auferlegen, weil doch nicht angenommen werden könnte, daß die Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten weiter reichen sollte, als die des Prokuristen. Dieser Gesichtspunkt wäre aber nicht durchschlagend. Es scheint vielmehr der Gesetzgeber davon ausgegangen zu sein, daß dies nicht zu den Geschäften gehört, welche der Handelsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt, und dem ist beizutreten (Canstein I, S. 307, und im Ergebnis übereinstimmend Pollitzer, Immobiliarverkehr, S. 52). § 6.

Digitized by Google

Artikel 48.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältnis ausdrückenden Zusatze zu zeichnen.

§ 1. 1. **Hier gilt das zu Art. 44 Gesagte.** Die Verbindlichkeit des Prinzipals aus einer von seinem Handlungsbevollmächtigten im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgegebenen schriftlichen Erklärung ist von der Beobachtung der Ordnungsvorschrift des Art. 48 nicht abhängig (AmtlS. 936). Zwar hat das preußische Obertribunal, indem es die Namenszeichnung für ein höchst persönliches Recht erachtete, das keine Vertretung leide, die ohne Beachtung der in Art. 48 enthaltenen Vorschrift erfolgte Zeichnung der Firma durch den Handlungsbevollmächtigten für unverbindlich erachtet, „weil der Name eines Menschen gleichsam ein Stück seiner Persönlichkeit sei" (PlBeschl. v. 4. Dez. 1854, Präjudiz Nr. 2585, weitere Zitate bei Makower). Doch ist diese Ansicht vom ROHG. (5, S. 263; 12, S. 133) und vom RG. (4, S. 320; vergl. auch Bolze 16, Nr. 285; RG. v. 3. Juli 1894 in JW. S. 431) reprobiert worden. Auch in der von Horowitz in JBl. 1901, Nr. 34 mitgeteilten Entscheidung des Schiedsgerichtes der Wiener Produktenbörse ist ausgesprochen, daß die Unterfertigung eines Schlußbriefes durch Handlungsbevollmächtigte lediglich mit dem bürgerlichen Namen des Prinzipals gegen diesen eine Verpflichtung nach Inhalt des Schlußbriefes erzeuge. Mit vollem Rechte. Es bezieht sich das auch auf Formalakte, wie die Akzeptierung eines Wechsels, trotz des Ges. vom 19. Juni 1872, RGBl. Nr. 88 (vergl. OGH., 5. Juli 1905, ZBl. 1905, Nr. 410; Grünhut, Wechselrecht, I. S. 323).

§ 2. 2. Das Verbot der Prokurazeichnung findet Nachdruck durch die Haftung nach Art. 55, doch ist durch eine solche Zeichnung der Prinzipal nicht befreit, wenn nur sonst keine Vollmachtsüberschreitung vorliegt, und auch wenn diese vorliegt, bleibt es dem Prinzipal überlassen, das Geschäft zu genehmigen.

§ 3. 3. Die Handlungsbevollmächtigten zeichnen im Handelsverkehre „per X. X." (Name des Prinzipals). Die Formel hat im Geschäftsverkehre die ausschließliche Bedeutung, daß der Unterzeichner als zur Abgabe der Erklärung Bevollmächtigter für den Vollmachtgeber die Erklärung abgebe (OLG. Braunschweig in GZ. 34, S. 569), während „p. p. X." im Handelsverkehre per procura (ROHG. 15, S. 77) bedeutet.

Artikel 49.

Die Bestimmungen der beiden vorhergehenden Artikel finden auch Anwendung auf Handlungsbevollmächtigte, welche ihr Prinzipal als Handlungsreisende zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet. Dieselben gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Einleitung. **Die Bestimmungen über die Vollmacht des Handlungsreisenden** 6a), welche dieser Artikel enthält, sind nur Anwendungen des in Art. 47 ausgesprochenen Prinzipes; auch diejenigen Handlungsbevollmächtigten, welche der Prinzipal zu

6a) Die in den §§ 59, 59a, 59b GewO. (Ges. vom 25. Febr. 1902, RGBl.) für Handlungsreisende erlassene Bestimmungen haben keine zivilrechtliche Bedeutung (vergl. Randa I, S. 201).

Digitized by Google

Geschäften an auswärtigen Orten verwendet, sollen zu allem legitimiert sein, was die Ausführung dieser Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Hervorgehoben ist dabei, daß nach dem Willen des Gesetzes als gewöhnlich zur Ausführung gehörig die Einziehung des Kaufpreises und die Bewilligung von Zahlungsfristen aus eigenen Geschäften betrachtet werden soll. Da hierin nur eine Anwendung des in Art. 47 ausgesprochenen Prinzipes liegt, so gelten über Wesen und Wirkungen der Vollmacht die dort aufgestellten allgemeinen Erörterungen (vergl. Einleitung zu Art. 47), insbesondere folgende beide Gesichtspunkte:

1. **Abänderungen des gesetzlichen Inhaltes** der Vollmacht sind zulässig und gelten Dritten gegenüber, wenn das erkennbare Verhalten des Prinzipals auf den Abänderungswillen hindeutet (vergl. Einleitung zu Art. 47). Dem Dritten nicht erkennbare Beschränkungen der Vertretungsmacht des Reisenden sind ohne Einfluß (AdlCl. 2108; OGH. v. 1. Febr. 1905, ZBl. 1905, 221). Insbesondere gelten Einschränkungen dann, wenn sie dem Dritten bekannt waren oder er sie hätte kennen sollen, etwa durch Vermerke in der Faktura oder durch Zirkulare, so z. B. wenn der Prinzipal den Reisenden nur ermächtigt, mit gewissen Personen oder bis zu einem gewissen Betrage Geschäfte zu machen (ROHG. 5, S. 207), oder bei Preislimiten, die dem Reisenden vorgeschrieben sind (ROHG. 23, S. 348), oder endlich beim Inkassoverbot. Ein solches liegt auch in der ausdrücklichen Erklärung des Verkäufers, daß Zahlungen direkt an ihn zu leisten sind (AdlCl. 604). Ist das Inkassoverbot in der Faktura enthalten, so zahlt der Kunde an den Reisenden auf seine Gefahr (AdlCl. 184, 188 und 278; vergl. auch AdlCl. 1595, 1662; Hanausset, Fakturen und Fakturenklauseln, S. 62). Erweiterung der gesetzlichen Vollmacht des Handlungsreisenden ist selbstverständlich zulässig; der Dritte kann sich auf sie berufen, wenn sie auf eine für die allgemeine Kenntnis des Publikums bestimmte Art erfolgt ist (vergl. AdlCl. 1839: Die Erweiterung der gesetzlichen Vollmacht ging aus Blanketten hervor, die der Prinzipal zur Verwendung im Verkehre mit den Geschäftskunden den Reisenden mitgegeben hatte).
2. **An die innerhalb der Vollmacht geschlossenen Geschäfte ist der Prinzipal gebunden** (Art. 52). Es ist nicht etwa, wie in der Kaufmannswelt vielfach geglaubt wird, der Prinzipal befugt, über die Effektuierung der überschriebenen Ordres Entscheidung zu treffen. Der Reisende sammelt nicht bloß Offerten, sondern er schließt die Geschäfte ab. Abgesehen von besonderen Rücktrittsrechten, ist der Prinzipal daher zur Effektuierung verpflichtet (zust. Canstein I, S. 309).

   Dabei gilt das Geschäft so, wie es mit dem Reisenden vereinbart ist, Unrichtigkeiten des Berichtes sind für den Dritten unverbindlich (ROHG. 23, S. 352). Doch kann der Prinzipal auch Überschreitungen genehmigen (vergl. § 9 zu Art. 55).

   Bei seinen Verträgen mit Wirten und Fuhrleuten verpflichtet der Reisende jedoch nicht den Prinzipal, und es dürfen deshalb wegen solcher Forderungen dem Prinzipal gehörige Gegenstände (Koffer, Muster usw.) nicht gepfändet oder zurückbehalten werden (GZ. 7, S. 597). Darüber, daß der Reisende selbst kein Retentionsrecht an Koffern und Mustern hat, vergl. § 11 zu Art. 57.

Was den Inhalt des Artikels selbst anbetrifft, so erfolgt die Erläuterung nach folgenden Gesichtspunkten: **§ 1.**

I. **Der Artikel findet Anwendung auf alle nach auswärts gesandten Handlungsbevollmächtigten**, nicht bloß auf diejenigen, welche in einem Abhängigkeits-

Digitized by Google

verhältnisse zum Prinzipal stehen (sogenannte Provisionsreisende), sondern auch auf diejenigen, welche als selbständige Kaufleute für Handlungshäuser Kunden aufsuchen und Bestellungen entgegennehmen (sogenannte reisende Agenten). Letzteres ist freilich streitig. Das ROHG. (1, S. 150; 9, S. 104: 15, S. 405) will auf die reisenden Agenten nicht unseren, sondern den Art. 47 anwenden, und auch diesen nicht direkt, sondern analog. Dieselbe Ansicht kommt auch in den Entscheidungen des OGH. bei AdlCl. 344 und 853 zum Ausdrucke, wo die Begriffe des Handlungsbevollmächtigten im Sinne des Art. 49 und des Agenten als gegeneinander ausschließend gegenübergestellt werden. Allein nach unserer Grundanschauung des 5. Titels (vergl. Vorbemerkung zu Art. 41) setzen die Art. 41 ff. kein Abhängigkeitsverhältnis des Bevollmächtigten zum Prinzipal voraus. Es steht daher der direkten Anwendung des Art. 49 auf die reisenden Agenten, woferne sie nur Abschlußvollmacht haben, nichts entgegen (ebenso Cosack, S. 97; dagegen Allfeld, S. 286; Puchelt, Anm. 2; AdlCl. 344, 1473; OGH., 1. Februar 1905, JBl. 1905, Nr. 221). Die Abschlußvollmacht muß allerdings erteilt sein, für das Vorhandensein derselben spricht keine Vermutung, wie die zweite Instanz in AdlCl. 1447 annimmt. Vergl. AdlCl. 1678, 1803; OGH. in GH. 1895, Nr. 7 (insbesondere erste Instanz) und in GH. 1900, Nr. 22 (insbesondere Gründe der zweiten Instanz). (Über die sogenannten Platzagenten vergl. § 1 a. E.)

Den Gegensatz bilden die **Stadtreisenden.** Auf sie bezieht sich die Vorschrift nicht (RG. 6, S. 83; Pollitzer, S. 117; Canstein, I., S. 309). Der Umfang ihrer Vollmacht richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Art. 47. Inkassovollmacht ist dabei durchaus nicht ausgeschlossen, sie kann ihnen ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen erteilt sein. Doch muß sie eben besonders erteilt sein und folgt nicht aus der Bestellung zum Stadtreisenden. Als Stadtreisende sind auch diejenigen anzusehen, welche vom Geschäfte aus nach den Nachbarorten geschickt werden, um nach kurzer Zeit zurückzukehren. Das gleiche muß gelten von denjenigen Agenten, welche nicht reisen, den sogenannten Platzagenten; Art. 49 findet auf sie keine Anwendung Canstein I., S. 309; Pollitzer, S. 117); der Anwendung des Art. 47 auf sie steht nichts entgegen (AdlCl. 853 und 1473).

§ 2. II. **Über den Umfang der Vollmacht des Reisenden** gilt folgendes:

1. **Hervorgehoben ist die Ermächtigung des Handlungsreisenden zur Einziehung des Kaufpreises und zu Fristbewilligungen hinsichtlich der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte.**[7]) Aber auch insoweit ist die Vollmacht nicht unbegrenzt, sondern findet in dem üblichen und herkömmlichen ihre natürliche Schranke. **Die Einziehung des Kaufpreises** anlangend, so hat der Reisende gemeiniglich Barzahlung zu erwirken, Annahmen an Zahlungsstatt nur soweit sie üblich sind, was gewöhnlich nicht der Fall ist, auf keinen Fall ist Kompensation der Schuld mit Forderungen an ihn selbst gestattet (Seuffert 35, Nr. 51), wohl aber darf er kleine Abzüge (Dekorts) gewähren, da diese bei den Verhandlungen über die Kaufpreiseinziehung gang und gäbe sind (Allfeld, S. 291. Durch den Vermerk auf der dem Käufer zugesandten Faktura, daß der Kaufpreis am Orte der Niederlassung des Prinzipals „zahlbar und klagbar" sei, wird

[7]) Die Bestimmung des § 10 der Vdg. v. 3. Nov. 1852, RGBl. Nr. 220, nach welcher Handlungsreisende zum Inkasso nur dann berechtigt waren, wenn ihnen dieses Recht besonders eingeräumt wurde, ist durch § 23 EinfG. zum HGB. für das Gebiet des Handelsrechtes ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden. (Vergl. hiezu Randa I, S. 206.)

Digitized by Google

die Inkassovollmacht der Reisenden nicht aufgehoben (AdlCl. 2385). Die **Fristbewilligung** darf er nicht übermäßig vornehmen (AdlCl. 353), kann sie aber wirksam auch nach Abschluß des Geschäftes vornehmen (OGH. 1. Februar 1905, ZBl. 1905, Nr. 221). Da er den Kaufpreis einziehen und Frist bewilligen kann, so darf er auch Wechsel mit üblichem Fälligkeitstermine annehmen, und der Kunde ist durch Hingabe des Wechsels befreit, vorausgesetzt, daß er ihn zur Verfallzeit einlöst. Hat der Reisende den Wechsel zu seinem Nutzen verwendet, so trifft der Nachteil den Prinzipal (vergl. die anscheinend hiemit nicht ganz übereinstimmende Entscheidung des ROHG., 13, S. 296); nicht aber gehört zu seiner Vollmacht die Annahme von Wechseln an Zahlungsstatt (AdlCl. 437). Dagegen wird im kaufmännischen Verkehre die Hingabe von Kassascheinen und Schecks der Barzahlung gewöhnlich gleichgehalten; soweit dies der Fall ist, darf der Handlungsreisende auch solche Zahlungsmittel annehmen.

2. **Soweit der Umfang der Vollmacht des Reisenden nicht besonders bezeichnet ist, bestimmt sich derselbe nach Art. 47** und den dort aufgestellten Gesichtspunkten (vergl. Erläuterung dazu): der in die Erscheinung tretende Wille des Prinzipals und das in solcher Stellung übliche sind entscheidend (vergl. AdlCl. 2108; OGH., 1. Februar 1905, ZBl. 1905, Nr. 221). Man darf nicht etwa per argumentum e contrario aus dem vorstehenden Artikel entnehmen, daß der Reisende z. B. zur Einziehung des Kaufpreises aus anderen Käufen niemals legitimiert ist (AdlCl. 1829; Canstein I., S. 309). Im einzelnen gilt hier folgendes: § 3.
   a) Zur Einziehung des Kaufpreises aus Geschäften, die der Prinzipal selbst oder sein Vorgänger auf der Reise abgeschlossen hat, wird man den Reisenden gesetzlich nicht für legitimiert erachten (Bemerkung des Einsenders in ROHG. 4, S. 298). Doch kann er dazu besondere, auch Generalvollmacht besitzen (vergl. diese Entscheidung), die selbst aus den Umständen hervorgehen kann (ROHG. 15, S. 407).
   b) Zur Feststellung der Kaufbedingungen ist er selbstverständlich legitimiert, doch auch hier in vernünftigen Grenzen. Ein Preiskurant, der ihm mitgegeben und dem Kunden vorgelegt wird, ist dabei nicht ohneweiters als Limito zu erachten. Er kann auch eine Instruktion für den Reisenden sein, wenn möglich, diese Preise zu erzielen, und außerdem ist es üblich, von den Preisen des Preiskurants verschiedene Skontos zu bewilligen. Zu generellen Vereinbarungen für die Zukunft wird er im Zweifel nicht für ermächtigt gelten (HAG. Nürnberg in GZ. 21, S. 539).
   c) Auf wohlerworbene Rechte verzichten darf er, abgesehen von den oben zu 1 hervorgehobenen Dekorts, nicht, also insbesondere nicht Geschäfte rückgängig machen, die er dem Prinzipal bereits angezeigt hat, noch weniger solche, die dieser schon zu erfüllen begonnen hat (ROHG. 7, S. 115) oder gar schon erfüllt hat (OLG. in Kassel in Seufferts Archiv 48, S. 70; AdlCl. 179, 437, 1117, 1233, 1438 und 1839), auch nicht gleichsam als Bedingung der neuen Bestellung auf Rechte aus der früheren Lieferung verzichten, wogegen aus der Natur seiner Stellung folgt, daß er bis zur Anzeige an den Prinzipal die Ordre ändern oder annullieren kann. Zur Erteilung einer einen Verzicht enthaltenden Generalquittung ist er nicht befugt (OAG.

Digitized by Google

Dresden in GZ. 11, S. 150). Auch zur Änderung der zwischen Prinzipal und Kunden festgestellten Vertragsbedingungen ist er nicht legitimiert (Bolze 18, Nr. 442).

d) Zur Entgegennahme von Dispositionsstellungen ist er für legitimiert zu erachten (AdlCl. 1233, 1266, 1829, 1856; vergl. Behrend, § 53, Anm. 24; anders OLG. Kassel in Seufferts Archiv 48, S. 71), nicht aber zur Gutheißung derselben und zur Disposition über die bemängelte Ware (Links 2636; dagegen AdlCl. 1829). Keinesfalls darf der Handlungsreisende über Mängelanzeigen auf eigene Faust erhebliche Nachlässe gewähren.

e) Bürgschaften für den Prinzipal zu übernehmen ist der Reisende nicht befugt (LG. Frankfurt in GZ. 42, S. 511).

f) Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes an dem vom Wohnorte des Verkäufers verschiedenen Wohnorte des Käufers steht dem Reisenden nicht zu; denn die Vereinbarung eines Gerichtsstandes am Wohnorte des Käufers ist dem tatsächlichen Geschäftsleben der Gegenwart fremd. Dies gilt insbesondere für die Geschäfte der Wiener Firmen, die durch Reisende abgeschlossen werden (siehe die von Beisser in GZ., 1900, Nr. 14, mitgeteilte Entscheidung des HG. Wien).

§ 4. **Zusatz zu Art. 49. Das Dienstverhältnis des Reisenden,** der zugleich Handlungsgehilfe ist, gehört zwar nicht in den Rahmen dieses Artikels, wird aber passend hier abgehandelt, da sich das Gesetzbuch nur an dieser Stelle mit den Handlungsreisenden beschäftigt. Zu verweisen ist übrigens auf Art. 57, zumal, wenn nicht im folgenden Abweichungen erwähnt sind, die allgemeinen für die Handlungsgehilfen gegebenen Vorschriften auch für die Handlungsreisenden gelten (Pollitzer, S. 117), so z. B. in Bezug auf Kündigung (AdlCl. 1700), Rücktrittsrecht usw.

Anlangend nun die Dienstverhältnisse des Handlungsreisenden, so wird hier gehandelt:

1. **Von der Natur der Dienste.** Der Reisende ist verpflichtet, die Weisungen seines Prinzipals zu befolgen, darf nicht willkürlich die ihm vorgeschriebene Tour ändern, muß zurückkehren, sobald ihm dies geboten wird (AdlCl. 1708; Gewerbegericht 36), darf nicht, wogegen häufig von gewissenlosen Reisenden gesündigt wird, fingierte Ordres überschreiben oder auch nur die Bedingungen der von ihm abgeschlossenen Geschäfte unrichtig mitteilen. Er ist vielmehr zu gewissenhafter Berichterstattung verpflichtet und haftet für den sonst entstandenen Schaden, wozu besonders unnütze Prozeßkosten gehören (ROHG 11, S. 93), verwirkt auch unter Umständen die Entlassung. Der Verpflichtung, „täglich" Bericht zu erstatten, ist aber schon entsprochen, wenn die vom Reisenden eingesandten Berichte und Aufenthaltsanzeigen dem Prinzipal die Möglichkeit des Überblicks und der Kontrolle der Geschäftstätigkeit des Reisenden gewähren (Gewerbegericht 1287). Auf Reisen in fremden Ländern muß sich der Reisende über die Zollverhältnisse unterrichten und derart verfahren, daß der Chef am wenigsten Spesen hat. Bei der Auswahl der Kunden muß er, wenn er auch nicht gerade das Dekredere hat, dennoch insofern sorgsam verfahren, als er mit offensichtlich insolventen Kunden nicht arbeiten und bei zweifelhaften wenigstens diesen Umstand angeben muß. Jedenfalls haftet er für die Sorgfalt eines ordentlichen Reisenden, wenn er die Bonität des Kunden versichert. Außerhalb der Reise braucht er mangels besonderer Abrede nicht am Lager zu arbeiten, außer soweit dies zur Vorbereitung der Reise notwendig ist, desgleichen nicht in der Buchführung.

Digitized by Google

2. **Seine Ansprüche** anlangend, so spielen hiebei eine große Rolle die Diäten oder **Reisespesen.** In Ermanglung einer bestimmten Abrede über den Spesensatz hat der Reisende einen angemessenen Satz zu verlangen; er braucht dabei nicht seine Auslagen bis ins einzelne zu spezifizieren, sondern nur im allgemeinen die Art und Höhe der gehabten Bedürfnisse anzugeben (vergl. ROHG., 12, S. 9; Bolze, 11, Nr. 332), insbesondere gilt dies, wenn Vertrauensspesen vereinbart sind (OLG. Dresden in GZ., 34, S. 571). Der Gegenbeweis, daß der Reisende mehr liquidiert, als er im Interesse des Geschäftes verbraucht habe, ist dem Prinzipal gestattet. Die Natur der Spesen wird wichtig, wenn der Prinzipal den Reisenden nicht reisen läßt oder vorzeitig entläßt. Es fragt sich in solchen Fällen, ob der Reisende dennoch einen Anspruch auf die Spesen hat. Für Beantwortung der Frage ist folgender Gesichtspunkt entscheidend. Die Spesen sind dazu bestimmt, nicht bloß die Transportkosten und den Mehraufwand, sondern den gesamten Lebensunterhalt des Reisenden während der Reisezeit zu bestreiten. Das ergibt schon ihre erfahrungsgemäße Höhe (ungefähr 20 K pro Tag, nur selten erheblich mehr oder erheblich weniger) und die Art, wie sie liquidiert werden. Der Reisende bringt alles in Ansatz, was er für Essen, Trinken und Wohnung gebraucht hat, nicht bloß das Mehr gegen seinen regelmäßigen Aufwand an seinem Wohnorte. Läßt man ihn daher vertragswidrig nicht reisen, so wird er insoferne geschädigt, als er nunmehr seinen Lebensunterhalt vom eigenen Gelde bezahlen muß. Insoweit bilden die Spesen aber einen integrierenden Bestandteil der ihm verträglich zugesicherten Emolumente und dürfen ihm nicht durch Willkür entzogen werden AdlCl. 2041, 2353; Gewerbegericht 78, 293, 159, 378, 824, 904, 1082). Als angemessen gilt bei Reisenden größerer und selbst mittlerer Häuser die Benützung zweiter Wagenklasse, namentlich bei größeren Touren. Die Spesen sind vom Prinzipal im voraus zu zahlen, wenn auch nicht vor Beginn der Reise für die ganze Dauer derselben, so doch mindestens jedesmal für einige Tage. Auch darf der Reisende die Ausgaben aus den von ihm eingenommenen Geldern bestreiten (Berliner Ältesten bei Horrwitz, S. 78). Die Spesen sind zu zahlen auch für eine Probetour; auch für Sonntage; auch für die Tage des Reiseantrittes und der Rückkehr, selbst wenn diese Tage nur teilweise ausgenützt sind (Berliner Ältesten bei Horrwitz, S. 79, und bei Dove und Apt I., S. 16; anders Behrend, § 45, Anm. 29; vergl. jedoch RG. bei Bolze 2, Nr. 944; 11, Nr. 321).

Auch der Umstand, daß der Reisende ohne sein Verschulden den von ihm versprochenen Umsatz nicht gemacht hat, hebt die Verpflichtung des Prinzipals zur Vergütung der Spesen nicht auf (Gewerbegericht 906). Unter Umständen kann allerdings die vereinbarte Umsatzprovision dazu bestimmt sein, für den Reisenden nicht nur Entlohnung seiner Arbeit, sondern auch Deckung für seine Barauslagen zu bilden; in einem solchen Falle kann der Reisende auch den Ersatz der Spesen für erfolglose Reisen nicht begehren (vergl Gewerbegericht 907). Über die Behandlung der Reisediäten im Konkurse des Prinzipals vergl. Art. 62, § 21, und GlUNF. 3018.

Artikel 50.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Magazine oder Warenlager angestellt ist, gilt für ermächtigt, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen

Digitized by Google

vorzunehmen, welche in einem derartigen Laden, Magazin oder Warenlager gewöhnlich geschehen.

§ 1. **Der Artikel statuiert eine gesetzliche Vollmacht für den Angestellten in einem Laden oder offenen Magazin und Warenlager.** Es wird damit lediglich ein aus der Regel des Art. 47 abgeleiteter Interpretativsatz aufgestellt (ROHG. 23, S. 348). Der Artikel schützt das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand eines Vollmachtsverhältnisses; die Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht ist nicht ausreichend, da dem Prinzipal der Gegenbeweis nicht offen steht, daß er in Wahrheit keine Vollmacht erteilen wollte (Wellspacher, Vertrauen, S. 239; im praktischen Ergebnis übereinstimmend, Hupka, Vollmacht, S. 124). Der Erläuterung bedürfen folgende Begriffe:

1. **Angestellt.** Erforderlich und ausreichend ist, daß die Person mit dem Willen des Prinzipals, jedoch nicht notwendig auf Grund eines Vertragsverhältnisses, vorübergehend oder bleibend, berufsmäßig in dem Raume mit dem Publikum verkehrt (vergl. Wellspacher, S. 240). Angestellt in diesem Sinne sind jedenfalls die Handlungsgehilfen, deren Tätigkeitskreis sich auf den Raum bezieht, aber auch die Angehörigen und die Ehefrau können es sein (RG. 51, S. 23; Appellgericht Leipzig in Busch, Archiv 39, S. 195), auch der Lehrling (Hofgericht Gießen, GZ. 2, S. 402), nicht aber Personen, welche zufällig im Laden anwesend sind, und mögen sie auch im übrigen zum Geschäftspersonal gehören, z. B. Komptoiristen, Handlungsreisende usw. oder sonstige Personen, welche evidenterweise zu anderen Zwecken in den Räumen anwesend sind, z. B. zum Packen oder Reinigen (Canstein I., S. 311).

§ 2. 2. **Laden, offenes Magazin oder Warenlager.** Als Laden erscheint jedes Verkaufslokal, mithin auch die Meßbude, die Konditorei, die Schankstube (Förtsch, Anm. 3; Allfeld, S. 295; dagegen mit Unrecht die 1. Auflage dieses Kommentars); dagegen ist das Komptoir kein Laden, insbesondere auch nicht das Bureau einer Bank, außer wenn es, wie dies immerhin nicht selten ist, in der Tat die Gestalt eines Ladens hat (Geldwechslergeschäft, vergl. ROHG. 12, S. 38), in welchem Falle aber die Anwendung des vorliegenden Artikels nur auf denjenigen Teil der Geschäftsräume, der wirklich diese Gestalt hat, zu beschränken und nicht auf die übrigen Räume, die den Charakter eines Komptoirs haben, auszudehnen ist. Nicht unter die in diesem Artikel aufgezählten Lokale fällt beispielsweise die Rentenkanzlei eines die Bierbrauerei betreibenden Großgrundbesitzers (AdlEl. 1568). Damit ist aber nicht gesagt, daß die in einem Komptoir Angestellten die hier aufgestellte Vollmacht schlechterdings nicht besitzen. Vielmehr entscheiden hier die Umstände über die Bevollmächtigung nach Art. 47 (vergl. GlUNF. 1535; es ist nicht etwa in dieser Entscheidung schlechthin ausgesprochen, daß Art. 50 auf Angestellte im Komptoir anwendbar ist). Darauf, ob es ein Detail- oder ein Engrosladen ist, kommt es nicht an (vergl. Hahn, § 2). Das Magazin oder Warenlager muß ein offenes sein, also für den Verkehr mit dem Publikum bestimmt, dazu gehört also nicht der Vorratskeller eines Weingeschäftes.

§ 3. 3. **Für ermächtigt gilt** der Angestellte zu den hier vorgesehenen Rechtsakten dem Dritten gegenüber, auch wenn ihm in Wahrheit eine solche Ermächtigung nicht erteilt wurde. An bekannte oder erkennbar gemachte Beschränkungen ist aber der Dritte gebunden (ROHG. 23, S. 348; vergl. Einleitung zu Art. 47). So fällt die gesetzliche Vollmacht weg, wenn der Zahlende wußte, daß der

Digitized by Google

Zahlungsempfänger nicht oder nur unter gewissen nicht vorhandenen Voraussetzungen zum Geldempfang ermächtigt war (ROHG. 12, S. 38) oder wenn er dies hätte wissen sollen, so namentlich, wenn dies durch eine für jeden Besucher des Lokales sichtbare Ankündigung bekannt gemacht ist (ROHG. 20, S. 122). Als genügende Ankündigung wird man es ansehen müssen, wenn im Lokale die besondere Einrichtung einer Kasse getroffen ist und dies aus einem deutlichen Plakat hervorgeht. Die Plakate müssen aber den ernsten Einschränkungswillen ergeben. Der Anschlag „feste Preise" dürfte die Vollmacht der Angestellten zu Preisvereinbarungen nicht einschränken, auch nicht die Anheftung eines Preiskurants. Es müßte schon deutlicher heißen: daß nur die hier auf den Waren vermerkten Preise gelten (zust. Förtsch, Anm. 5; Allfeld, S. 297; anders Hahn, § 10). Ein Anschlag, wonach nur Barzahlung stattfindet, schließt die Kreditierungsvollmacht aus; aber der Anschlag „feste Preise" ist hiezu keineswegs geeignet (anders Hahn, § 10).

4. **Daselbst**, das heißt nur für das Geschäftslokal selbst, besteht die Vollmacht (ROHG. 22, S. 59). § 4.

5. **Verkäufe und Empfangnahmen, welche in einem derartigen Lokale gewöhnlich geschehen.** Ist eine Handlung in dem Geschäftslokale selbst üblich, dann kommt es auf die allgemeine Üblichkeit nicht mehr an (P. 98 und 956; vergl. § 4 zu Art 47). Es genügt aber jedenfalls die allgemeine Üblichkeit (Blaschke-Pitreich, S. 23). Danach richtet es sich, ob der Angestellte nur im einzelnen verkaufen darf oder auch en gros (AdlCl. 956), ob nur gegen Barzahlung oder auch gegen Kredit (P. 93), ob mit Rabatt usw. Zu den Empfangnahmen gehören vor allem die Zahlungen. Diese müssen auf den Geschäftsbetrieb des betreffenden Lokales Bezug haben: der Erlös aus einem Grundstücksgeschäfte darf an den Angestellten in einem Verkaufslokale nicht ohneweiters ausgehändigt werden. Dagegen ist es gleichgültig, ob der betreffende Gehilfe den Verkauf selbst abgeschlossen hat (OLG. Kassel in Busch, Archiv, 45, S. 358). Der OGH. hat in AdlCl. 1840 nicht — wie es nach der Überschrift der Sammler den Anschein hat — das Gegenteil ausgesprochen; es wird dortselbst lediglich die Befugnis eines nur zum Detailverkaufe angestellten Gehilfen zur Empfangnahme von Zahlungen verneint, die auf große auf Kredit abgeschlossene Warenverkäufe geleistet werden. Mit dieser Vollmacht zur Empfangnahme sollen aber nur die rein tatsächlichen Fragen nach der Ablieferung erledigt sein. Die Übergabe an Angestellte gilt als Übergabe an den Prinzipal. Dagegen können anderweitige rechtliche Folgerungen an diese Empfangnahmeakte nicht geknüpft werden, etwa die Anerkennung von Mängeln verkaufter Waren oder die Genehmigung von Mängeln gekaufter Waren, noch weniger ist der Angestellte zur Vereinbarung solcher rechtlichen Konsequenzen befugt. Demnach gilt z. B. eine von einem Kunden bemängelte Ware, welche dem Angestellten zurückgegeben ist, hiedurch als zurückgeliefert, aber nicht als zurückgenommen (vergl. § 4c a. E. zu Art. 47). § 5.

Zusatz. § 1030 ABGB. beruht auf dem gleichen Gedanken wie Art. 50 (vergl. Wellspacher, S. 238). § 6.

§ 1030 ABGB.: „Gestattet der Eigentümer einer Handlung oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge, Waren im Laden oder außer demselben zu verkaufen, so wird vermutet, daß sie bevollmächtigt seien, die Bezahlung zu empfangen und Quittungen dagegen auszustellen."

Soweit es sich um Zahlungen innerhalb des Ladens handelt, deckt sich der Tatbestand des § 1030 ABGB. mit dem des Art. 50. Soweit es sich jedoch um

Digitized by Google

Empfangnahme und Zahlung außerhalb des Geschäftslokales handelt, geht § 1030 ABGB. über Art. 50 HGB. hinaus (Canstein I., S. 309, Randa I., S. 195).[8]) Allerdings kann die Anwendung des Art. 47 zu demselben Ergebnisse führen. Mit Unrecht hält Saxl (S. 136) diesen Paragraphen durch § 1 EinfG. für aufgehoben; derselbe will ja — wie aus den Worten „einer Handlung oder eines Gewerbes" hervorgeht — gar kein speziell handelsrechtliches Verhältnis regeln.

Artikel 51.

Wer die Ware und eine unquittierte Rechnung überbringt, gilt deshalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen.

Einleitung. **Die Tatsache des Überbringens der Ware und einer unquittierten Rechnung begründet nicht die Legitimation zum Zahlungsempfang.** Die Vorschrift enthält eine Warnung, in dem Überbringer mehr als den Boten zu erblicken (vergl. Keyßner). Wer bloß die Ware oder bloß die unquittierte Rechnung überbringt, ist sicherlich nicht legitimiert.

§ 1. 1. **Überbringen.** Es ist also die Legitimation außerhalb des Ladens gemeint. Über die Legitimation im Laden entscheidet Art. 50.

§ 2. 2. **Ware.** Dazu gehören auch Wechsel und andere indossable Papiere (Allfeld, S. 300; vergl. § 2 zu Art. 296).

§ 3. 3. **Unquittierte Rechnung.** Diese liegt nicht bloß dann vor, wenn die Rechnung keine Quittung enthält, sondern auch dann, wenn die Quittung nicht gültig oder nicht vollständig ist. Nicht gültig ist sie, wenn der Aussteller geisteskrank oder wenn der Aussteller der Quittung nicht legitimiert war. Der äußere Schein entscheidet nicht. War die Quittung ungültig, so ist der Zahlende geschädigt und im Falle der Fälschung betrogen, nicht der Prinzipal (Allfeld, S. 300). Die Quittung muß auch vollständig sein: ein Blankett hat der Artikel nicht im Auge (ROHG. 11, S. 32). Die Übergabe einer Quittung legitimiert zur Empfangnahme der Zahlung (Art. 296). Vergl. dort näheres.

§ 4. 4. **Gilt deshalb noch nicht für ermächtigt.** Aber er kann anderweit dazu ermächtigt sein, so z. B. wenn er Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter ist oder die Ware nicht bloß zur tatsächlichen Übergabe, sondern zum Verkaufe erhalten hat, oder wenn sonst aus den Umständen, z. B. aus der wiederholten Duldung der Zahlung an den Überbringer der Ware, die Vollmachtserteilung zu entnehmen ist.

Artikel 52.

Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schließt, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte.

---

[8]) Der Behauptung Randas, daß § 1030 ABGB. angesichts des Art. 4 HGB. seine praktische Bedeutung verloren hat, kann nicht beigestimmt werden; Art. 49 bezieht sich ja nicht auf Stadtreisende (vergl. § 1 zu Art. 40).

Digitized by Google

Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.

Einleitung. **Die Rechtswirkung der auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte** wird im vorliegenden Artikel nach folgenden Gesichtspunkten abgehandelt: 1. (Abs. 1.) Es wird bestimmt, daß lediglich der Prinzipal die Rechte und Pflichten erwirbt. 2. (Abs. 2.) Dem ausdrücklichen Kontrahieren im Namen des Prinzipals wird die Konkludenz der Umstände gleichgestellt. 3. (Abs. 3.) Etwaige Rechtswirkungen zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten werden abgelehnt. Der hier ausgesprochene Grundsatz der direkten Stellvertretung ist in Österreich schon in § 1017 ABGB. anerkannt (Saxl, S. 134).

1. (Abs. 1.) **Durch das gemäß der Vollmacht im Namen des Prinzipals abgeschlossene Geschäft wird lediglich dieser berechtigt und verpflichtet.** Damit wird das in Österreich gesetzlich geltende Prinzip der direkten Stellvertretung vom HGB. auch für sein Anwendungsgebiet gesetzlich ausgesprochen. § 1.

   a) **Vorausgesetzt ist zunächst ein Handeln gemäß der Vollmacht.** Für den Begriff der Vollmacht sind Art. 41 und 47 entscheidend (vergl. die Erläuterung dazu). Auf den Auftrag kommt es nicht an, und es ist gleichgültig, ob der Bevollmächtigte gar keinen Auftrag hatte oder denselben bewußt überschreitet oder den Inhalt desselben mißverstanden hat (für letzteres vergl. RG. 1, S. 9), doch darf nicht ein gegen Treu und Glauben verstoßender Mißbrauch eines Mißverständnisses vorliegen (ROHG. 17 S. 228). Es muß aber die Vollmacht noch existent sein, das heißt sie darf nicht erkennbar widerrufen oder erloschen sein. Hierüber vergl. Art. 54.

   b) **Vorausgesetzt ist ferner ein Handeln im Namen des Prinzipals,** und zwar folgt aus allgemeinen Grundsätzen über den Vertrag, daß beide Kontrahenten darüber konsentieren müssen, daß für den Prinzipal abgeschlossen werden sollte (vergl. ROHG. 16, S. 356). Handeln für Rechnung des Machtgebers genügt nicht; fehlt es vielmehr am Handeln im Namen des Machtgebers, so ist nur der Bevollmächtigte berechtigt (ROHG. 23, S. 57) und verpflichtet (RG. 2, S. 166). Kenntnis des Gegenkontrahenten von dem vorhandenen Auftrage genügt ebenfalls nicht schlechthin (wenn auch regelmäßig [vergl. AdlCl. 1040]); denn es kann trotz dieser Kenntnis der Wille möglicherweise nicht auf Obligierung des Prinzipals gegangen sein, und es entstehen dann keine direkten Beziehungen zwischen dem Prinzipal und dem Dritten (ROHG. 4, S. 173; 13, S. 322, 328). § 2.

   Daß im Namen des Prinzipals abgeschlossen wurde, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der beweisen, der Rechte daraus herleitet. Mithin muß dem Prinzipal, gegen welchen Verpflichtungen geltend gemacht werden, bewiesen werden, daß der Bevollmächtigte für ihn abgeschlossen hat. Umgekehrt braucht man jemandem, der kontrahiert hat, nicht zu beweisen, daß er für sich kontrahiert hat; vielmehr genügt der Beweis des Vertragsabschlusses; die für den Abschluß im fremden Namen sprechenden Umstände sind dann excipiendo darzulegen, weil es das Normale ist, daß denjenigen, welcher ein Geschäft abschließt, auch die Folgen desselben treffen (Behrend, § 49, Anm. 8; Fitting, Die Grundlagen der Beweislast, bei Busch, Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, Bd. 13, S. 58; vergl. RG. 2, S. 194; Randa. I., S. 185, N. 62; anders anscheinend RG. 3, S. 122).

Digitized by Google

§ 3. c) **Vorausgesetzt ist endlich**, was das Gesetz nicht erwähnt, aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, das Vorhandensein **derjenigen allgemeinen rechtlichen Fähigkeiten**, welche beim Vertreter erforderlich sind, um für einen anderen handelnd aufzutreten, und welche beim Vertretenen erforderlich sind, um Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. Der Bevollmächtigte tritt handelnd auf, die Rechtswirkungen aber sollen den Prinzipal treffen. Der Vertreter muß also handlungsfähig aber nicht verpflichtungsfähig sein (§ 1018 ABGB.). Soweit der Stand der Parteien gewisse rechtliche Wirkungen auf das Geschäft ausübt, ist die Person des Vertretenen maßgebend; so ist das von einem Vertreter eines Kaufmannes in dessen Handelsbetrieb geschlossene Geschäft ein Handelsgeschäft (Hupka, Vollmacht, S. 42). Irrtum, Zwang und Betrug, die in der Person des Stellvertreters vorfallen, begründen — soweit diesen Willensmängeln überhaupt Erheblichkeit zukommt — nach herrschender Lehre (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 126, N. 1) Anfechtbarkeit des Geschäftes. Mit Hupka (S. 46ff.) muß der Ausspruch der herrschenden Lehre jedoch auf die Fälle eingeschränkt bleiben, in denen die auf Grund vorhandener Willensmängel abgegebene Erklärung des Vertreters ein schutzbedürftiges Interesse des Prinzipals verletzt. Die Anfechtung ist daher dort ausgeschlossen, „wo die irrtümliche Erklärung des Stellvertreters dem spezialisierten Vollmachtswillen vollkommen entspricht", zum Beispiel der Vertreter kauft aus Irrtum gerade die Ware, zu deren Ankaufe er beauftragt war. Eine Erörterung der Frage, nach wessen Kenntnis es beim redlichen Erwerbe von Nichtberechtigten (§§ 367, 456 ABGB., Art. 306 HGB.), bei der Frage, ob ein Gewährleistungsanspruch entsteht, ob das vom Vertreter geschlossene Geschäft der paulianischen Anfechtung unterliegt, würde hier zu weit führen. Die herrschende Lehre sieht hier auf die Gesinnung des Vertreters; Canstein und Mitteis unterscheiden, ob der Prinzipal oder der Vertreter den Gegenstand des Geschäftes individualisiert (General- oder Spezialbevollmächtigter); Hupka (S. 57) hält beim Erwerbe von Nichtberechtigten und bei der Frage nach der Entstehung von Gewährleistungsansprüchen — mit Ausnahme des Falles, daß in dem Kaufe einer mangelhaften Sache trotz Kenntnis des Mangels ein stillschweigender Verzicht des Vertreters auf den Gewährleistungsanspruch gelegen ist — die Kenntnis oder Unkenntnis des Prinzipals, für die Frage nach der paulianischen Anfechtbarkeit die Gesinnung des handelnden Vertreters für entscheidend. Die im Hinblicke auf Art. 317 wenig praktische Frage, welche Form zur Gültigkeit des Geschäftes notwendig ist, richtet sich grundsätzlich auch nach der Person des Prinzipals, es hätte denn die Formvorschrift in einer physischen oder geistigen Unfähigkeit eines der Kontrahenten, wie z. B. der Notariatszwang bei Stummen, Tauben und Blinden, ihren Grund (Hasenöhrl I., S. 420; Mitteis a. a. O., S. 268; vergl. aber Saxl, S. 139; Hupka, S. 43).

§ 4. d) **Die Wirkungen des Geschäftes treffen den Prinzipal.**[9]) Er muß das Geschäft gegen sich gelten lassen, wie es der Vertreter geschlossen. Auch die Folgen von Versehen muß er tragen, auch für den dolus des Bevollmächtigten beim Abschluß des Vertrages muß er einstehen (vergl. AdlCl. 2115, GlUNF. 1510; §§ 7ff.), wie ihm ja auch (vergl.

[9]) Vergl. zum folgenden auch: Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei Abschluß von obligatorischen Verträgen (Lemberg 1893).

Digitized by Google

zu c) dessen Irrtum oder ein gegen diesen verübter Betrug zu statten kommt (ROHG. 6, S. 404; 15, S. 26).

2. (Abs. 2.) **Dem ausdrücklichen Kontrahieren im Namen des Prinzipals wird die Konkludenz der Umstände gleichgestellt.** § 5. Zu den konkludenten Umständen gehören auch frühere Erklärungen des Kontrahenten (AdlCl. 296 und 209; ROHG., 1, S. 56) oder die beim Geschäftsabschlusse erfolgte Übergabe eines mit der Firma des Prinzipals versehenen Zettels (AdlCl. 1219). Sie können vorhanden sein trotz der Ausdrucksweise, als schließe der Bevollmächtigte das Geschäft für sich ab (ich kaufe, ich garantiere Ihnen), da es kaufmännischen Gewohnheiten entspricht, daß sich der Bevollmächtigte mit dem Prinzipal identifiziert (AdlCl. 1454; ROHG. 15, S. 78; 17, S. 98; 18, S. 296), auch wenn eine Urkunde vorliegt, welche der Bevollmächtigte in seinem eigenen Namen gezeichnet hat (ROHG. 12, S. 134), ja auch dann, wenn der Gegenkontrahent die Person des Prokuristen für die des Prinzipals gehalten hat, wenn nur mit diesem kontrahiert werden sollte (AdlCl. 1454). Die Absicht, im Namen des Prinzipals abzuschließen, nimmt AdlCl. 1040 unter Berufung auf Art. 56 schon dann an, wenn der dritte Kontrahent wußte, daß er mit dem Prokuristen eines bestimmten Prinzipals ein in den Handelsbetrieb des letzteren fallendes Handelsgeschäft abschließe (vergl. auch AdlCl. 2380).

3. (Abs. 3.) **Für und gegen den Bevollmächtigten entstehen keine Rechte.** § 6. Entgegenstehende partikularrechtliche Bestimmungen sind damit beseitigt (ROHG. 19, S. 325). Doch trifft der Artikel nur die kontraktliche Haftung. Die Haftung des Vertreters wegen Betruges oder wegen eines sonstigen Deliktes bleibt unberührt (vergl. hierüber unten § 11).

Zusätze zu Art. 52. In denselben soll die Haftung des Prinzipals für Versehen der willkürlich bestellten und der gesetzlichen handelsrechtlichen Vertreter abgehandelt werden. Über die Versehen der ersteren verhält sich der erste Zusatz, über die des gesetzlichen Vertreters der zweite Zusatz.

Erster Zusatz. Passend wird an dieser Stelle die im HGB. nicht geregelte, § 7. aber praktisch außerordentlich **wichtige Materie der Haftung des Prinzipals für den von seinem Bevollmächtigten und Gehilfen verursachten Schaden** im Zusammenhange dargestellt.

1. **Bei kontraktlichem Schaden** ist zu unterscheiden der vom Handlungsbevollmächtigten und der vom bloßen Gehilfen verursachte.
   a) Für den kontraktlichen Schaden, welchen **der Bevollmächtigte** ex dolo oder culpa angerichtet hat, haftet der Prinzipal schlechtweg.[10]) Das ist die Konsequenz des in diesem Artikel (Abs. 1) ausgesprochenen Prinzips: die Handlung des Vertreters gilt hinsichtlich ihrer Wirkungen als die des Machtgebers (vergl. oben § 4). Es bezieht sich dies auf das Verschulden sowohl bei Eingehung des Rechtsgeschäftes (ROHG., 6, S. 403; Bolze, 16, Nr. 226), als auch auf dasjenige bei Erfüllung desselben (GlU. 5210; RG. 12, S. 112; 26, S. 109), nicht jedoch — das ist die Grenzlinie zwischen kontraktlichem und außerkontraktlichem Schaden — auf das Verschulden bei Gelegenheit der Erfüllung des Geschäftes (P. 84, 85; vergl. hierüber den folgenden § 8).

[10]) Die ältere, noch von Canstein in Busch, Archiv 21, S. 286 vertretene Theorie, nach welcher der Vertretene für schädigende Handlungen des Vertreters nur bei eigenem Mitverschulden oder culpa in eligendo haften soll, kann heute als aufgegeben bezeichnet werden.

Digitized by Google

§ 8. b) Für den kontraktlichen Schaden, welchen **der Gehilfe** angerichtet hat, haftet der Prinzipal nicht allgemein. Hier ist wiederum zunächst die eben berührte Grenzlinie zwischen kontraktlichem und außerkontraktlichem Schaden festzuhalten. Statt des Unterschiedes: Schaden bei Erfüllung und Schaden bei Gelegenheit der Erfüllung ist es besser zu sagen: kontraktlicher Schaden ist derjenige, den der Gehilfe durch die von ihm bewirkte Ausführung des Auftrages verursacht hat. Das kontraktliche Recht ist verletzt, wenn die vertragsmäßige Leistung nicht genau so ausgeführt wird, wie sie bedungen ist, sondern so, daß sie sogar Schaden zugefügt hat, so z. B. wenn der mit dem Einsetzen eines Fensters betraute Glasergehilfe eine Scheibe einstößt oder einen Fensterhaken aufreißt oder seinen Namen in die Scheibe einritzt. Auch darauf, ob der Schaden in ipsa re angerichtet ist, kommt es nicht an, sondern nur, ob er ipso negotio geschehen ist. Der Töpfer, dessen Gehilfe beim Setzen des Ofens die Gardine in Brand steckt, der Glaser, welcher beim Einsetzen des Fensters die Gardine zerreißt oder die Wanduhr herabwirft, haften ex contractu (dies nach Goldschmidt in seiner Zeitschrift, 16, S. 296).

Für den so präzisierten kontraktlichen Schaden seines Gehilfen haftet der Prinzipal, einmal, soweit seine eigene Schuld reicht, insbesondere bei culpa in eligendo aut custodiendo nach § 1315 ABGB. (Schreiber, Lohnvertrag, S. 71), sodann bei unstatthafter Substitution (Gehilfenannahme ohne Not [§ 1161 ABGB.] oder ohne vertragsmäßige, das heißt mindestens mit der Vertragsintention vereinbarte Befugnis [Bolze 12, Nr. 256]), und endlich in allen Fällen, in denen eine bestellte Arbeit nach der Verkehrssitte durch Gehilfen ausgeführt wird, indem bei Übernahme derartiger Arbeiten der Werkmeister stillschweigend eine Haftung für das Verschulden seiner Arbeiter in demselben Maße wie für sein eigenes Verschulden übernimmt. (Vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 375, § 339, N. 9; Schreiber, S. 64, der im Verhältnisse zum Besteller die Handlungen der Gehilfen des Werkmeisters rechtlich als eigene Handlungen des Werkmeisters ansieht und richtigerweise den § 1161 ABGB. nur auf Substitution und überhaupt nicht auf Gehilfen bezieht.) Vergl. auch die übrige auch bei Krainz-Ehrenzweig a. a. O. angeführte Literatur und Pfaff, Gutachten, S. 60, der den § 1315 ABGB. überhaupt nicht auf kontraktliche Schädigungen bezieht und den Satz aufstellt, daß derjenige, der sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eines Gehilfen bedient, schlechthin für dessen Verschulden einzustehen hat. So auch Links, 8105; nicht im Widerspruche hiemit steht die Entscheidung des OGH. in Amtl. Slg. 182, weil dieselbe überhaupt kein Gehilfen-, sondern ein Substitutenverhältnis annimmt. Teilweise anderer Ansicht: Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 55ff.

Durch besondere Gesetzesvorschriften sind noch weitergehende Haftungen für Versehen der Gehilfen angeordnet (Receptum, Frachtvertrag, §§ 970, 1316 ABGB. usw.). In besonderen Fällen besteht eine publizistische Haftung des Prinzipals für seine gewerblichen Stellvertreter. Nach § 137 GewO. sind beim Betriebe eines Gewerbes durch einen Stellvertreter (Geschäftsführer) im Sinne des § 55 GewO. Geldstrafen wegen Übertretungen gegen die Gewerbeordnung gegen den Vertreter zu verhängen. Der Prinzipal haftet aber für die Geldstrafen, wenn die Übertretung mit seinem Vorwissen begangen wurde oder wenn er es bei der

Digitized by Google

Beaufsichtigung des Betriebes oder Auswahl der Person des Vertreters an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen. Eine unbedingte Haftung des Prinzipals findet dagegen nach § 5, Abs. 2 PreßG. hinsichtlich der wegen Preßdelikte verhängten Geldstrafen statt, wenn der Inhaber einer Druckerei deren Betrieb einem Geschäftsleiter überlassen hat. Gewerblicher Stellvertreter im Sinne der GewO. (§ 55) ist derjenige, dem die Erfüllung der publizistischen, aus einem bestimmten Gewerbebetriebe entspringenden Pflichten obliegt (vergl. hiezu: Krasnopolski, WZ., 14, S. 286; Heilinger, I., S. 307; Mataja, S. 46; Komorzynski, Handel, S. 26). Der gewerbliche Stellvertreter im Betriebe eines Handelsgewerbes muß grundsätzlich nicht gleichzeitig Handlungsbevollmächtigter im Sinne des Art. 47 sein. Jedoch wird in der Regel die Bestellung eines gewerblichen Stellvertreters auch den äußeren Tatbestand eines privatrechtlichen Stellvertretungsverhältnisses erzeugen und anderseits muß angenommen werden, daß jemand, der tatsächlich ein Gewerbe im Namen eines anderen führt, sich der Erfüllung der publizistischen Pflichten aus dem Gewerbebetriebe nicht unter der Berufung darauf entschlagen kann, daß den für die Bestellung eines Stellvertreters geltenden Vorschriften der Gewerbeordnung (Anmeldung, Genehmigung) nicht entsprochen wurde (dies ist freilich, insbesondere in der Praxis der Gewerbebehörden, bestritten). Jedenfalls obliegen dem nach § 55 GewO. bestellten Stellvertreter alle dem Gewerbeinhaber durch die Gewerbeordnung auferlegten, auch privatrechtlichen Pflichten, z. B. die Verpflichtung zur Ausstellung des Zeugnisses (GlUNF. 2942).

2. **Für außerkontraktlichen Schaden** (vergl. über den Gegensatz zum kontraktlichen Schaden oben § 8) gilt **bei Vertretern und Gehilfen gemeinsam**, was das RG. 15, S. 124, sagt: Es ist fortgesetzt angenommen worden, daß aus dem Handelsgesetzbuche keine Verantwortlichkeit des Prinzipals für ein schuldhaftes Versehen seiner Vertreter bei ihren faktischen Verrichtungen — im Gegensatze zu Verletzungen des Gegenkontrahenten bei Eingehung oder Erfüllung von Verträgen — herzuleiten sei. Aus dem bürgerlichen Rechte läßt sich dagegen unter Umständen auch eine derartige Verantwortung ableiten; die vom Gehilfen während der aufgetragenen Arbeit begangenen Delikte, die mit der Ausführung derselben in gar keinem Zusammenhange stehen, sind in Beziehung auf den kontrahierenden Werkmeister wirklich fremde Handlungen, für welche er an und für sich weder dem Besteller der Arbeit noch dem Dritten haftet. Nur dann tritt eine Haftung, und zwar gegenüber jedermann ausnahmsweise ein, wenn die Voraussetzung des § 1315 ABGB., nämlich culpa in eligendo vorliegt (GlU. 14.894; Schreiber S. 71; Krainz-Ehrenzweig, § 406). Für die letztgenannten Handlungen des Gehilfen haftet also der Prinzipal nicht mehr auf Grund des dem Gehilfen erteilten Auftrages, sondern nur auf Grund eines eigenen, in der Anstellung dieses bestimmten Gehilfen enthaltenen Verschuldens. **§ 9.**

Über Haftung für falsche Auskunftserteilung vergl. §§ 10ff. und Art. 281.

Zweiter Zusatz. Die Haftung juristischer Personen für das schuldhafte Verhalten ihrer gesetzlichen Vertreter, die für einige Fälle im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist, wird heute ganz allgemein in Theorie und Praxis anerkannt (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 81). **§ 10.**

Dritter Zusatz. Daneben bleibt die Verantwortlichkeit der Vertreter für ihre Delikte bestehen, auch wenn sie dieselben für andere begangen haben (Krainz- **§ 11.**

Digitized by Google

Ehrenzweig, § 81; Canstein, S. 277; Bolze 10, Nr. 151 — gesetzliche Vertreter —; RG. 30, S. 44 — Bevollmächtigte, insbesondere Prokuristen). Indessen muß in der Tat ein gegen den Dritten begangenes Delikt vorliegen, damit der Vertreter selbständig hafte, z. B. dolose oder kulpose Sachbeschädigungen, Betrugshandlungen usw. Ist die Handlung des Gehilfen nur infolge des zwischen ihm und dem Prinzipal bestehenden Vertragsverhältnisses eine rechtswidrige (eine bloße Schuldverletzung), so hat es mit der (unter § 8 erörterten) Haftung sein Bewenden; denn der Gehilfe haftet dem Dritten, da er mit ihm in keinem Vertragsverhältnisse steht, nicht ex contractu (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 138).

§ 12. **Vierter Zusatz. Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst** (vergl. über dieses Problem Hupka S. 258 ff.) ist zwar begrifflich nicht absolut unzulässig, wird aber in der Regel der Vorschrift des § 1009 ABGB. widersprechen (vergl. §§ 271, 272 ABGB.; Canstein I., S. 276, und WZ. III., S. 585; Krainz-Ehrenzweig, § 125; Schey, S. 839). Wo das Selbstkontrahieren wegen vorliegender Interessenkollision im konkreten Falle ein Handeln gegen den Auftrag darstellt, ist das vom Vertreter mit sich selbst geschlossene Geschäft nicht nur unerlaubt, sondern auch ungültig. Der Vertreter kann sich nicht darauf berufen, daß er die Handlung, die er kraft seines Auftrages nicht tun durfte, kraft seiner Vollmacht tun konnte (so Schey, a. a. O.).

Artikel 53.

Der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Einwilligung des Prinzipals seine Prokura oder Handlungsvollmacht auf einen andern nicht übertragen.

Die Unübertragbarkeit der Prokura und der Handlungsvollmacht, welche dieser Artikel ausspricht, bezieht sich nur auf die Frage nach der Übertragung im vollen Umfange. Es kann der Prokurist keinen Prokuristen, der General-Handlungsbevollmächtigte keinen solchen bestellen, wohl aber kann der Prokurist einen General-Handlungsbevollmächtigten bestellen, da er alles tun kann, was zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehört. Ob aber der generelle oder sonstige Handlungsbevollmächtigte zu einzelnen Geschäften oder zu einem Kreise von Geschäften sich andere substituieren kann, das hängt von der Frage ab, ob die bestehende Vollmacht Substitutionen überhaupt oder die fragliche Substitution gewöhnlich mit sich bringt. Ganz allgemein ist durchaus nicht Substitution zulässig (ROHG. 25, S. 92), aber auch nicht allgemein unzulässig, sondern immer dort zulässig, wo es auf die besonderen persönlichen Eigenschaften des Bevollmächtigten nicht ankommt oder die Substitution verkehrsüblich ist, was aber auf die Vollmacht zur Einkassierung von Geldern nicht zutrifft (RG. vom 5. November 1891, mitgeteilt von Bolze im Sächsischen Archiv, Bd. 1, S. 735). Jedenfalls haftet bei einer Substitution der ursprüngliche Bevollmächtigte für culpa in eligendo (§ 1010 ABGB.; Pollitzer, S. 114).

Die im Widerspruche mit dieser Vorschrift erteilte Prokura oder Handlungsvollmacht ist nach jeder Richtung wirkungslos (P. 959, 1425).

Artikel 54.

Die Prokura oder Handlungsvollmacht ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse.

Der Tod des Prinzipals hat das Erlöschen der Prokura oder Handlungsvollmacht nicht zur Folge.

Digitized by Google

Die Widerruflichkeit der Vollmacht und der Einfluß des Todes des Prinzipals. § 1.

1. (Abs. 1.) **Die Widerruflichkeit der Vollmacht** ist ein wesentliches Merkmal derselben, ein Verzicht auf den Widerruf ist ungültig, sofern die erteilte Vollmacht nicht ausschließlich oder vornehmlich dem Interesse des Bevollmächtigten dient (vergl. Schey, S. 688 ff., Hupka, Vollmacht, S. 401 ff.), was bei der Prokura und Handlungsvollmacht nicht der Fall ist (vergl. ROHG. 23, Nr. 326; RG. 3, S. 186; Bolze 15, Nr. 209). Die Prokura kann nur ganz, die Vollmacht ganz oder teilweise widerrufen oder eingeschränkt werden. Für den Fall der Zwangsverwaltung eines Handelsgeschäftes ist das Recht, die Prokura oder Handlungsvollmacht zu widerrufen, dem Verwalter in § 344, Abs. 2, EO. ausdrücklich eingeräumt worden. Über den Widerruf der Prokura einer offenen Handelsgesellschaft vergl. Art. 118, § 2; der Widerruf einer Prokura einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung steht nach § 28, Abs. 2, GmbHG. jedem Geschäftsführer zu. Ist der nicht eigenberechtigte Prinzipal durch eine Vormünderin und einen Mitvormund vertreten, so ist bei mangelnder Übereinstimmung der gesetzlichen Vertreter gerichtliche Genehmigung zur Wirksamkeit des Widerrufes der Prokura erforderlich (AdlCl. 1965).

Dritten gegenüber wirkt der Widerruf der Prokura oder der Handlungsvollmacht nur, wenn der Dritte ihn kannte oder kennen mußte. Für die Prokura ist dies in Art. 46 gesetzlich vorgeschrieben, für die Handlungsvollmacht folgt es aus dem in der Einleitung zu Art. 47 entwickelten Prinzip, daß für den Umfang und die Existenz der Vollmacht das in die äußere Erscheinung tretende Verhalten des Prinzipals maßgebend ist (ROHG. 13, S. 195; RG. 12, S. 11), und überdies aus der Bestimmung des § 1026 ABGB. (Pollitzer, S. 116; Schey, S. 686; Canstein I., S. 272). Über das Kennenmüssen und seine Voraussetzungen vergl. ebenfalls die Einleitung zu Art. 47.

Der Widerruf der Vollmacht hebt im übrigen die Rechte aus den bestehenden Verträgen an sich nicht auf; es müssen dies nicht gerade Dienstverträge sein, die das an das Regelmäßige denkende Gesetz hervorhebt (Hahn, § 2). Aus solchen Rechten können gerade wegen des Widerrufes der Vollmacht mancherlei Rechtsfolgerungen hergeleitet werden. So wird sicherlich durch die Entziehung der Prokura oder generellen Handlungsvollmacht das Dienstverhältnis ein wesentlich anderes, eine Alterierung, die sich der Bevollmächtigte nicht ohne Grund gefallen zu lassen braucht. Kann er auch auf Belassung der Vollmacht nicht klagen, so kann ihm die Entziehung doch andere Rechte geben: Auflösung des Dienstverhältnisses, Entschädigung (RG. vom 25. November 1893 in JW. 1894, S. 19 und 20; OLG. Braunschweig in GZ., 37, S. 535; vergl. auch ROHG., 5, S. 349), Recht auf Konventionalstrafe, welche für den Fall des Widerrufes stipuliert sein kann. Selbstverständlich aber kann der Grund der Vollmachtsentziehung gerechtfertigt oder sogar so beschaffen sein, daß der Prinzipal gleichzeitig zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses überhaupt befugt erscheint (hierüber Art. 64). Aus dem Gesagten ergibt sich, daß vom Registerrichter die vom Prinzipal begehrte Löschung der Prokura nicht aus dem Grunde verweigert werden darf, weil die bei Erteilung der Prokura vertragsmäßig stipulierte Zeit noch nicht abgelaufen war (AdlCl. 1796). § 2.

Die Vollmacht kann übrigens beiderseits frei gekündigt werden (ROHG., 13, S. 221).

Digitized by Google

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Daß die Prokura und Handlungsvollmacht den Tod des Prinzipals überdauert**, ist eine handelsrechtliche Ausnahmevorschrift (vergl. Hupka, Vollmacht, S. 382). Der Ausschluß dieser Vorschrift ist im Verhältnis zum Bevollmächtigten jedenfalls wirksam, Dritten gegenüber aber bei der Prokura unwirksam (Art. 43), bei der Handlungsvollmacht nur dann wirksam, wenn der Dritte ihn nach den in der Einleitung zu Art. 47 entwickelten Gesichtspunkten kannte oder kennen mußte. Der Dritte muß aber, damit der Ausschluß jener Vorschrift wirksam werde, außerdem zur Zeit des Geschäftsabschlusses den Tod des Prinzipals gekannt haben, nicht bloß der Bevollmächtigte (§ 1026 ABGB.). Sowenig wie der Tod bewirkt die Todeserklärung des Prinzipals das Erlöschen der Vollmacht (ROHG., 24, S. 45).

§ 4. **Zusatz. Wie andere rechtliche Unfähigkeitsgründe des Prinzipals** (Wahnsinn, Konkurs) auf die handelsrechtliche Vollmacht wirken, ist nicht gesagt, das bürgerliche Recht bleibt daher hier maßgebend. Gemäß § 1024 ABGB. und § 25 KO. wird durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Prinzipals, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten die Prokura oder Handlungsvollmacht aufgehoben, ohne daß es eines Widerrufes seitens des Prinzipals bedürfte (zutreffend begründet in AblEl. 1917, vergl. R. Pollak, Konkursrecht, S. 130; Schey, S. 703 ff.)[11]) Keinen Erlöschungsgrund der Vollmacht bildet der Verlust der Eigenberechtigung des Prinzipals, wie Hupka (S. 384) und Schey (S. 712) richtig ausgeführt haben (anders Randa, I., S. 206 und unsere vorige Auflage). Die Erlöschung der Prokura oder Vollmacht infolge Konkurses über das Vermögen des Prinzipals ist eine absolute, wirkt auch wider die gutgläubigen Dritten; diese können sich bei Geschäften mit einem Prokuristen nicht auf Art. 46 HGB. berufen. Für die Publizität der Konkurseröffnung hat der Gesetzgeber eben auf andere Weise gesorgt (vergl. § 2 KO.); über die Unanwendbarkeit des § 1026 ABGB. auf den Fall des Erlöschens der Vollmacht infolge Konkurses vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 127, N. 4, und Wellspacher, Vertrauen, S. 233.

Einstellung des Gewerbebetriebes bewirkt Erlöschung der Kaufmannseigenschaft, daher auch der Prokura; die Erlöschung der Handlungsvollmacht aber nur insoweit, als sich diese Vollmacht auf zum Betriebe des eingestellten Gewerbes gehörende Handlungen erstreckt.

Dritten gegenüber wirkt die Einstellung des Gewerbebetriebes nur unter den Voraussetzungen des Art. 46 HGB., bezw. § 1026 ABGB. (vergl. RG., 12, S. 11). Die Löschung der Firma an sich ohne Einstellung des Gewerbebetriebes bewirkt weder Erlöschung der Prokura, noch der Handlungsvollmacht (Opet, GZ. 49, S. 110).

Wird das Geschäft veräußert, so wird der neue Prinzipal durch die von seinem Vorgänger erteilte Prokura nur verpflichtet, wenn er dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend aufrecht erhält (Dernburg, Preußisches Privatrecht, § 115, Anm. 10). Anders OGH. vom 27. März 1907, JBl. 1907, Nr. 42. Die in dieser Entscheidung angeführten Gründe (unverschuldete Unkenntnis des Dritten von der Firmenänderung) können höchstens zur Annahme einer fortdauernden Haftung des Geschäftsveräußerers führen.

---

[11]) Hupkas Ausführungen (Vollmacht, S. 387), daß die Konkurseröffnung über das Vermögen des Vollmachtgebers von positiver Gesetzesbestimmung abgesehen an sich nur eine Hemmung, aber keine definitive Aufhebung der erteilten Vollmacht bewirkt, sind zutreffend (vergl. hiezu auch Schey, S. 704, Nr. 3). Der Wortlaut des § 1024 ABGB. scheint aber diese logische Konsequenz zu durchbrechen und die definitive Aufhebung der Vollmacht auszusprechen; der erste Satz erhält eben seinen Sinn aus dem Zusammenhange mit dem zweiten Satze.

Digitized by Google

Artikel 55.

Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schließt, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluß eines Geschäftes seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadenersatz oder Erfüllung belangen.

Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Überschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.

Literatur: Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (Leipzig 1903).

Der Artikel normiert die Rechte gegen den falsus procurator, und zwar in Abs. 1 für den Regelfall, während in Abs. 2 für den Ausnahmefall, daß der Dritte den Mangel der Vollmacht kannte, Vorsorge getroffen wird. Die Regelung entspricht im allgemeinen der Bestimmung des § 1009 ABGB. (vergl. unten § 4).

1. (Abs. 1.) Der Regelfall: **Es schließt jemand ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter ab ohne solche Vollmacht oder unter Übertretung der Vollmachtsgrenzen,** welches letztere beim Prokuristen allerdings nicht möglich ist, weil die Prokura unbeschränkbar ist (Art. 43). Alsdann haftet der Prinzipal nicht, aber statt dessen wird der angebliche Bevollmächtigte persönlich verantwortlich. Er haftet für die Wahrheit dessen, was er erklärt hat. § 1.

   a) **Die Voraussetzungen des Falles.** § 2.

      α) **Vorausgesetzt ist, daß der angebliche Vertreter keine Vollmacht hatte.** Dies also, der Mangel der Vollmacht, ist als Klagefundament zu beweisen, (RG. 18, S. 158; die Frage der Beweislast ist übrigens bestritten, für die Beweispflicht des Vertreters; Hupka, S. 70, N. 4). Nicht entscheidend ist der Mangel des Auftrages, vielmehr kommt es nur darauf an, ob die Voraussetzungen für das Vorhandensein der Vollmacht, wie sie in der Einleitung zu Art. 47 aufgestellt sind, das heißt also ein in die äußere Erscheinung tretendes Verhalten des Prinzipals, aus welchem sich die Bevollmächtigung schließen läßt, vorhanden waren. Waren diese Voraussetzungen vorhanden, so haftet der Prinzipal, daher nicht der Bevollmächtigte. So insbesondere, wenn die Überschreitung der Vollmacht auf einer nach außen unwirksamen Beschränkung beruht. War die Vollmacht erloschen, so findet der Artikel gleichfalls Anwendung; denn dann hatte der Handelnde eben zu dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte keine Vollmacht erhalten (Hupka, a. a. O., S. 69). Kein Raum für die Anwendung des Art. 55 auf das Handeln trotz erloschener Vollmacht ist dann vorhanden, wenn der Dritte die Erlöschung der Vollmacht nicht gegen sich gelten lassen muß (Art. 46, HGB.; § 1026 ABGB.; Hupka a. a. O., S. 69).

      β) **Vorausgesetzt ist ferner, daß der angebliche Vertreter sich als solcher ausgegeben hat.** Stellte er die Vollmacht als zweifelhaft hin, so ist kein Vertrag zu stande gekommen, allenfalls ein durch die einzuholende Genehmigung des Prinzipals bedingter. Schließt der Verwalter eines in Zwangsverwaltung gezogenen Handelsgeschäftes ein § 3.

Digitized by Google

nach § 112 EO. der Genehmigung des Exekutionsgerichtes bedürftiges Geschäft ohne diese Genehmigung ab, so haftet er dem Dritten nicht nach Analogie des Art. 55, da er ja über seine Vollmacht nicht irregeführt hat (R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 41). Nicht vorausgesetzt ist jedoch, daß das Sichausgeben schuldhaft geschehen ist (Bolze 10, Nr. 302b; Canstein I., S. 273; Hupka, S. 70; Randa, I., S. 203). Die hier aufgestellte Obligation folgt vielmehr ex lege und ist selbst dann begründet, wenn der Pseudo-Stellvertreter selbst in einem schuldhaften Irrtum über die Existenz seiner Vollmacht gewesen ist (OLG. Braunschweig in GZ. 34, S. 569; vergl. auch RG. 35, S. 145); von anderer Anschauung geht Laband in GZ. 10, S. 335, aus; gegen ihn Hahn, § 3, Anm. 4.

§ 4. γ) **Der Artikel setzt ferner voraus**, daß es sich um den Abschluß von **Handelsgeschäften** handelt. Gleichgültig ist, auf wessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist und ob es sich um einen Vertrag oder um einseitiges Rechtsgeschäft handelt (Hupka, a. a. O., S. 68). Sind andere Geschäfte in Frage, so kommt der vorliegende Artikel nicht zur Anwendung, sondern, wenn Handelsrecht aus anderen Gründen in Anwendung kommt, die Handelsgebräuche, und eventuell das bürgerliche Recht, für welches § 1009 allerdings eine ähnliche Bestimmung trifft wie Art. 55 HGB. Nur ist die Voraussetzung für eine Haftung des Pseudovertreters nach § 1009 ein schuldhaftes Verhalten des letzteren (Glu. 12.272; Krainz-Ehrenzweig, § 407; Hasenöhrl, I., S. 421; Hupka, S. 52) und der Anspruch des Dritten ist ausschließlich auf das negative Vertragsinteresse, auf den Ersatz des aus dem Abschluß des ungültigen Geschäftes entstehenden Schadens gerichtet (Hupka, S. 53, a. M.; Krainz-Ehrenzweig, § 407; Glu. 15.773).

δ) **Eine selbstverständliche Voraussetzung ist die Verpflichtungsfähigkeit** des Vertreters (Bolze 10, Nr. 302b; vergl. Hupka, S. 202).

ε) **Nicht vorausgesetzt ist eine Vorausklagung des Prinzipals**, denn die Haftung des Bevollmächtigten ist keine subsidiäre, sondern eine selbständige Haftung (Hupka, S. 71).

§ 5. b) **Die Folge ist Haftung nach Handelsrecht, und zwar nach Wahl des Dritten Schadenersatz oder Erfüllung.**

α) **Haftung nach Handelsrecht.** Weil die Kontrahenten ein Handelsgeschäft gewollt haben, so entspricht es der Gerechtigkeit, daß die Folgen des Geschäftes auch nach Handelsrecht beurteilt werden. Aus der Haftung nach Handelsrecht folgt, daß jedenfalls eine Handelssache nach Art. 1 vorliegt und daß der Schadenersatz immer auch im entgangenen Gewinn besteht (Art. 283). Es folgt ferner daraus, daß die Haftung nicht etwa um deshalb fortfällt, weil die nach Zivilrecht erforderlichen Formen nicht erfüllt sind (Motive zum Pr. Entwurf, S. 30). Klagen auf Grund dieser Haftung sind auch prozessualisch für Handelssachen erklärt worden (§ 51, JN. in Verbindung mit § 39, Z. 2, EinfG. zum HGB.; AdlCl. 924).

§ 6. β) **Nach Wahl des Dritten.** Es kann nicht etwa der angebliche Vertreter die Erfüllung anbieten und die Gegenleistung erzwingen, und der Dritte kann nur eines geltend machen, nicht beide Alternativen (ROHG. 11, S. 356), und ist, wenn er die Erfüllung gewählt hat und der Bevollmächtigte sie anbietet, an diese Wahl auch gebunden, so zwar, daß nun auch der Bevollmächtigte den Vertrag einklagen

Digitized by Google

kann. Der Gegenkontrahent ist im Falle der Vollmachtsüberschreitung nicht berechtigt, das Geschäft, soweit es innerhalb der Vollmacht liegt, gegen den Prinzipal, darüber hinaus gegen den Bevollmächtigten geltend zu machen, es sei denn, daß das Objekt teilbar ist (ROHG., 4, S. 219; Hahn, § 6) und selbstverständlich, wenn es sich um den Abschluß mehrerer, zum Teil innerhalb, zum Teil außerhalb der Vollmacht liegender Geschäfte handelt.

γ) **Schadenersatz oder Erfüllung.** Wählt der Dritte Erfüllung, so kann § 7.
er sie so verlangen, wie er sie vom Prinzipal hätte verlangen können. Der Vertreter kann sachliche Einreden, die der Prinzipal hätte vorbringen können, z. B. den der Fehlerhaftigkeit der Ware, gleichfalls vorschützen. (Einwendungen aus seiner Person kann der Prokurator daneben erheben, z. B. den Einwand der Minderjährigkeit — siehe oben § 4.) Überhaupt erwirbt der Dritte gegen den angeblichen Bevollmächtigten nicht mehr Rechte, als er gegen den Prinzipal gehabt hätte: die Gegenleistung muß er alsdann an jenen leisten ((vergl. Hupka, S. 73). Als Erfüllungsanspruch erscheint auch der Anspruch auf Selbsthilfeverkauf nach Art. 354. Neben der Erfüllung kann der Dritte Schadenersatz wegen Verzögerung fordern. Denn diese ist ein Bestandteil der Erfüllung (Wendt bei Endemann, I., § 73; Hupka, S. 73). Die Natur der Verträge wird dem Anspruche auf Erfüllung durch den Pseudovertreter oft entgegenstehen (z. B. bei einer durch den Pseudovertreter vereinbarten Vertragsaufhebung, vergl. den Fall in AdlCl. 1438).

Der Schadenersatz, der im Texte erwähnt ist, ist der Ersatz des Schadens, der dem Dritten dadurch erwächst, daß der Vertrag mit dem Machtgeber nicht zu stande gekommen ist und daher nicht erfüllt wird. Das positive und nicht bloß das negative Vertragsinteresse ist zu ersetzen (Hupka, S. 71). Dazu gehören auch die Kosten eines gegen den Prinzipal angestellten Prozesses (Bolze, 18, Nr. 229). Erfüllung neben Schadenersatz scheinen Unger (Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., S. 35) und Behrend (§ 51, Anm. 10) ganz allgemein zuzulassen, und das ROHG. hat eine Entscheidung getroffen, in der zwar diese Ansicht als „nicht unbedenklich" erklärt, gleichwohl aber nach ihr entschieden wird. (Kosten eines gegen den Prinzipal angestellten Prozesses neben der Klage auf Erfüllung, Bd. 11, S. 356.) Das Richtige ist, daß neben der Erfüllung Schadenersatz nur gefordert werden kann, wenn schuldhaftes Verhalten des falsus procurator vorliegt, die Schadenersatzpflicht folgt dann aus besonderen Rechtsgründen (zust. Allfeld, S. 319, Anm. 20; Hupka, S. 73). An sich gehört schuldhaftes Verhalten nicht zu den Erfordernissen dieses Artikels (vergl. oben § 3). Auch der Erfüllungsanspruch gegen den Pseudovertreter ist in Wirklichkeit kein Vertragsanspruch, denn er entspringt nicht dem unwirksamen Vertrage zwischen Pseudovertreter und Drittem; es liegt „ein Entschädigungsanspruch von gleichem Inhalte wie der vereitelte Geschäftsanspruch" vor; daher findet die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB. Anwendung (Hupka, S. 75).

2. (Abs. 2.) **Hatte ausnahmsweise der Dritte Kenntnis von dem Mangel** § 8.
oder der Überschreitung der Vollmacht, so tritt die Haftungspflicht nicht ein, gleichviel, ob auch der Bevollmächtigte den Mangel der Vollmacht kannte oder nicht. Ein Vertragsverhältnis ist dann überhaupt nicht zu stande

Digitized by Google

gekommen, allenfalls ein durch die Genehmigung des Prinzipals bedingter Vertrag. Die Kenntnis des Vollmachtsmangels muß dem Dritten bewiesen werden (ROHG. 17, S. 176; RG. vom 2. Juni 1896 in JW., S. 359; anders Hahn, § 7, N. 19). Es genügt aber hiezu nicht der Nachweis, daß der Dritte den Mangel habe erkennen müssen (Hupka, S. 197). Soweit sich vielmehr der Vertreter als Bevollmächtigter geriert, ist der Dritte ihm gegenüber das Vorhandensein einer Vollmacht als Tatsache anzunehmen berechtigt, die Erkundigungspflicht kommt nur für das Verhältnis gegenüber dem Prinzipal in Betracht (übereinstimmend Wendt bei Endemann I., § 73; Allfeld, S. 323; OLG. Braunschweig in GZ., 34, S. 569). Anders wenn die Haftung des Pseudovertreters auf 1009 ABGB. gegründet wird; nach dieser Gesetzesstelle kann der Dritte, wenn seine Unkenntnis von dem Mangel der Vollmacht eine schuldhafte war, gemäß § 1304 ABGB. nur teilweisen Ersatz ansprechen (Krainz-Ehrenzweig, § 407, N. 8; vergl. Hupka, S. 52).

§ 9. **Zusatz I. Durch Ratihabition** oder nachträgliche Genehmigung wird die in diesem Artikel vorgesehene Haftungspflicht beseitigt. Sowohl der Anspruch auf Erfüllung, als der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung fallen naturgemäß fort, wenn der Machtgeber das Geschäft genehmigt und dadurch den Anspruch auf Erfüllung gegen sich begründet (Randa, I., S. 203). Aber freilich kann durch das Verhalten des falsus procurator, wenn es ein schuldhaftes war, noch ein weiterer Schaden entstanden sein, dieser wird dann durch Ratihabition nicht beseitigt, und insoferne hat Behrend, § 51, Anm. 17, Recht, wenn er sagt, daß auch vollständige Ratihabition nicht notwendig jeden Anspruch gegen den falsus procurator beseitigt (vergl. auch Schey, S. 555). Über die Ratihabition sagt das HGB. nichts. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich über sie folgendes:

1. **Die nachträgliche Genehmigung steht dem Prinzipal als ein Recht zu,** der Gegenkontrahent kann sich daher auf die Überschreitung nicht stützen, wenn der Prinzipal das unbefugt vorgenommene Geschäft genehmigen will (Steg., 3, S. 260).
2. **Eine Form der Ratihabition** ist nicht vorgeschrieben. Sie kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, so gemäß § 1016 ABGB. dadurch, daß der Prinzipal sich den Vorteil aus dem Geschäfte zuwendet, z. B. die mit Überschreitung der Vollmacht bestellten Waren annimmt (AdlCl. 1113, 490). Auch bloßes Stillschweigen hat die Bedeutung einer solchen, falls eine Erklärung möglich und nach Handelsgebrauch oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für den Fall der Nichtgenehmigung zu erwarten war (Behrend, § 50, ad b), wiewohl es auch nicht gerade einen allgemeinen Rechtssatz gibt, daß in Handelssachen eine Vollmachtsüberschreitung für genehmigt gilt, wenn der Machtgeber die Vertragsurkunde annimmt und dem Gegner nicht alsbald seinen Dissens kundgibt (ROHG. 13, S. 293). Wohl aber liegt dann eine stillschweigende Genehmigung vor, wenn der Prinzipal eine ganze Reihe von Fakturen, die ihm über Geschäfte, die sein angeblicher Vertreter geschlossen hat, zugesandt werden, vorbehaltlos annimmt (AdlCl. 1500).
3. **Die Genehmigung muß unbedingt und unbeschränkt erfolgen.** Der Prinzipal kann nicht die Modalität ablehnen, in welcher die Überschreitung liegt, und im übrigen das Geschäft akzeptieren. Andrerseits kann er sich auch nicht in starrer und formeller Weise auf die Überschreitung des Auftrages stützen, wenn sein dadurch verletztes Interesse anderweit geschützt wird. So ist,

Digitized by Google

wenn mehr verkauft wurde, als verkauft werden sollte, oder zu geringerem Preise, der Prinzipal das Geschäft zu erfüllen verpflichtet, wenn seitens des Mandatars oder des Dritten das geschieht, was erforderlich ist, um den Prinzipal so zu stellen, als sei das Geschäft gemäß der Vollmacht getroffen: durch Bereiterklärung zur Abnahme des geringeren Quantums oder zur Bezahlung der Preisdifferenz (ROHG., 4, S. 219; Bolze 18, Nr. 223; vergl. Blaschke-Pitreich, S. 77).

4. **Die Ratihabition kann auch allein erklärt werden.** Der Ratihabent braucht nicht spezielle Kenntnis von dem Inhalte der genehmigten Handlung zu haben (ROHG. 15, S. 46). Sie kann sowohl dem Dritten als auch gegenüber dem Mandatar erklärt werden (ROHG. 15, S. 260). Wo aber das Gesetz Spezialvollmacht verlangt, muß auch natürlich Spezialgenehmigung erfolgen.
5. **Die Ratihabition bewirkt,** daß die Rechtsfolgen des Geschäftes dem Prinzipal zugerechnet werden, und zwar in der Regel rückwirkend von dem Augenblicke ihrer Vornahme an, nur muß der vom Ratihabenten gewollte Erfolg in diesem Zeitpunkte noch rechtlich möglich sein, was z. B. nicht der Fall ist, wenn es sich um eine befristete Rechtsfolge handelt und die Ratihabition nach dem Ablaufe der Frist erklärt ist.

Zusatz II. In Art. 55 sind lediglich die Folgen der Anmaßung oder Überschreitung der Vertretungsbefugnis, soweit sie das Verhältnis zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Prinzipal betreffen, geregelt; über die Haftung des Pseudovertreters gegenüber dem Prinzipal enthält Art. 55 keine Bestimmung. Nach § 1009 ABGB. aber haftet der Pseudovertreter dem Prinzipal gegen allen Schaden, der für diesen aus der Anmaßung oder Überschreitung der Vertretungsbefugnis entsteht, denn der Schlußsatz des § 1009 ABGB. bezieht sich sowohl auf Dritte wie auf den Prinzipal (Krainz-Ehrenzweig, § 407, Note 3). Gleichgültig ist hiebei, ob der Schaden aus der Überschreitung der Vollmacht oder des Auftrages soferne sich beid enicht decken, entstanden ist (vergl. hiezu Schey, S. 555).

Zusatz III. Der Artikel ist analog auf Personen, die fälschlich vorgeben, gesetzliche Vertreter und Handelsgesellschafter zu sein oder auf solche gesetzliche Vertreter, die mit Überschreitung ihrer Vertretungsmacht handeln, anzuwenden (OGH. vom 7. Juni 1904, JBl. 1904, Nr. 46; Hupka, S. 68). Vergl. auch das Zitat dieses Artikels in § 2, Abs. 2, GmbHG.

Artikel 56.[12])

Ein Prokurist oder ein zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

Eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Erteilung der Prokura oder der Vollmacht bekannt war, daß der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufgebung dieses Betriebes nicht bedungen hat.

---

[12]) Literatur: Lubszynski, Das Eintrittsrecht des Prinzipals in Eigengeschäfte des Gehilfen, ZBl. 1892.

Digitized by Google

Übertritt der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muß sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden.

Einleitung. **Der Artikel verbietet dem Prokuristen und generellen Handlungsbevollmächtigten das Betreiben von Handelsgeschäften für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten** und regelt diese Materie in drei Absätzen. In Abs. 1 wird das Verbot ausgesprochen, in Abs. 2 ein Hauptfall stillschweigender Einwilligung hervorgehoben, Abs. 3 regelt die Folgen der Zuwiderhandlung.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Das Verbot der Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung ohne Einwilligung des Prinzipals.**

a) **Dem Verbot sind objektiv unterworfen:** Prokuristen und generelle Handlungsbevollmächtigte als solche, auch wenn sie nicht Handlungsgehilfen sind (Lubszynski, S. 179); sind sie Handlungsgehilfen, was das Regelmäßige ist, so greift die Vorschrift Platz schon wegen Art. 59, außerdem verfallen sie alsdann der sofortigen Entlassung (AdlCl. 1982; ROHG., 16, S. 290). Vorausgesetzt ist aber das Bestehen des Vollmachtsverhältnisses zur Zeit des Geschäftsabschlusses; die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Vollmachtsverhältnis gelöst ist, und sei es selbst durch den Bevollmächtigten, auch einseitig, auch ohne Grund und unzeitig. Etwaige Schadenersatzrechte sind dann besonders zu begründen (ROHG., 16, S. 169). (Vergl. auch § 7 f.) Einmal entstanden, erlischt das Recht aber nicht durch die Endigung des Verhältnisses, noch auch durch den Tod des Mandatars oder des Prinzipals (Lubszynski, S. 181). Andere Bevollmächtigte als Prokuristen und General-Handlungsbevollmächtigte sind nicht getroffen.

§ 2. b) **Das Verbot bezieht sich objektiv nur auf Handelsgeschäfte**, nicht auf Geschäfte anderer Art, z. B. mit Grundstücken; auf die Handelsgeschäfte aber, anders als bei dem Mitgliede einer offenen Handelsgesellschaft, auch dann, wenn sie nicht gleichartig mit den vom Prinzipal betriebenen sind, weil kein Konkurrenzverbot, wenigstens nicht dieses allein beabsichtigt ist. So darf ein Prokurist eines Papiergeschäftes kein Börsenspekulationsgeschäft machen; auch einzelne Geschäfte sind durch das Verbot getroffen (Lubszynski, S. 135). Das Verbot trifft auch den Abschluß in fremdem Namen; untersagt sind hienach dem Handlungsgehilfen alle Geschäfte, die auf seiner Seite oder auf Seite dessen, für den er handelt, Handelsgeschäfte sind (Behrend, § 45, Nr. 4). Über Geschäfte, die der Handlungsgehilfe für fremde Rechnung macht, siehe unten § 5 a. E.

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Es wird ein Hauptfall stillschweigender Einwilligung hervorgehoben.** Durch diese Hervorhebung ist zugleich konstatiert, daß die Einwilligung keiner Form bedarf und auch durch konkludente Handlungen erfolgen kann. Der Konsens kann auch in jeder anderen begriffsmäßigen Weise erteilt werden (Lubszynski, S. 137).

§ 4. 3. (Abs. 3.) **Die Folgen der Zuwiderhandlung** sind Anspruch auf Schadenersatz und Eintrittsrecht. Schweigen nach erlangter Kenntnis kann aber häufig Einwilligung bedeuten (Hahn, § 7). Nach § 24 EinfG. zum HGB. ist nach dem Vorbilde des Art. 97 die Ausübung der in Art. 56 dem Prinzipal eingeräumten Rechte an eine dreimonatliche Frist gebunden, die

Digitized by Google

von dem Zeitpunkte an gerechnet wird, in welchem der Prinzipal von dem gegen das Verbot geschlossenen Geschäfte Kenntnis erhalten hat.

a) **Beide Ansprüche stehen kumulativ zu** (Hahn, § 5). § 24 EinfG. sagt zwar: „. . . oder Ersatz des Schadens zu fordern". Mit Recht bemerkt jedoch Blaschke-Pitreich (S. 79), daß das Wörtchen „oder" bloß dem Wortlaute des Art. 96 entnommen ist, und daß § 24 EinfG. bloß eine dreimonatliche Frist statuieren, sonst aber in keiner Richtung das HGB. abändern wollte, daß daher aus diesem Redaktionsversehen keine weitere Konsequenz zu ziehen sei (a. M., Randa I., S. 205). Freilich hat die Kumulation nur dann eine praktische Bedeutung, wenn der Eintritt gewählt ist, weil dann nicht immer der Schaden vollständig gedeckt ist, während der vollständig Entschädigte nichts mehr fordern kann Behrend, § 45, Anm. 49; in gleichem Sinne Lubszynski, S. 132). Als Schadenersatz ist aber nicht etwa ein Anspruch auf Ausantwortung des dem Handlungsgehilfen aus dem verbotswidrigen Geschäfte erwachsenen Gewinnes zu verstehen. Nur das Eintrittsrecht kann diesen Effekt haben (Appellgericht Jena in Busch, Archiv 22, S. 457). § 61 des d. HGB. gewährt dem Prinzipal die gegenständliche Berechtigung nur alternativ.

b) **Das Eintrittsrecht anlangend**, so besteht dasselbe — der Ausdruck des Gesetzes ist ungenau — darin, daß der Prinzipal das Recht hat, sich die Ergebnisse des Geschäftes anzueignen, er tritt nicht etwa ohneweiters in ein direktes Verhältnis zum Drittkontrahenten (vergl. hierüber bei Lubszynski, S. 169 ff.; Randa I., S. 205). Auf Grund dieses Rechtes hat der Mandatar das Ergebnis des Geschäftes auf den Prinzipal zu übertragen, selbstverständlich gegen Gewährung der Aufwendungen, die der Bevollmächtigte darauf gehabt hat. Schwebt es noch, so muß er es zu Gunsten des Prinzipals fortsetzen; ist es abgewickelt und die Gegenleistung vom Gegenkontrahenten schon ausgezahlt, so hat der Bevollmächtigte den Gewinn an den Prinzipal herauszuzahlen (wobei er für seine persönlichen Bemühungen nichts berechnen darf); steht die Gegenleistung noch aus, so hat er den Anspruch an den Prinzipal zu zedieren. Das Eintrittsrecht steht dem Prinzipal übrigens nur zu an Geschäften, die der Bevollmächtigte für eigene Rechnung gemacht hat, nicht also auch an solchen, die er für Rechnung einer anderen Person gemacht hat, also z. B. wenn er ein Kaufgeschäft für Rechnung einer fremden Firma in eigenem Namen abgeschlossen hat (Lubszynski, S. 136). Dagegen steht dem Prinzipal das Recht auf Ausfolgung des bereits bezahlten Gewinnes auch zu, wenn der Prokurist mit dem Prinzipal selbst, ohne daß dieser es wußte, das Geschäft abgeschlossen hat, indem der Prokurist einen fingierten Namen vorschützte (RG. bei Links, CCCXXVII). Das RG. (8, S. 48) zählt auch Vermittlungsgeschäfte zu den für Rechnung Dritter abgeschlossenen Geschäften und versagt daher dem Prinzipal das Eintrittsrecht in die Provision. Mit Recht wendet sich hiegegen Hahn (§ 5, N. 9): das Vermittlungsgeschäft (das Ausbedingen der Provision und die Leistung der Vermittlungstätigkeit) macht der Vermittler für eigene Rechnung; nicht zu verwechseln ist damit das vermittelte Geschäft. § 5.

c) Behufs Geltendmachung der hier vorgesehenen Rechte wird man dem Prinzipal eine Klage auf **Rechnungslegung** über die geschlossenen Geschäfte unbedenklich zugestehen (Laband in GZ. 10, S. 201 ff.; Behrend, § 45, Anm. 50; vergl. Bolze 8, Nr. 543). § 6.

Digitized by Google

§ 7. d) Auch eine Klage auf künftige **Unterlassung**, insbesondere Schließung des unbefugt etablierten Geschäftes ist dem Prinzipal zuzugestehen (vergl. ROHG. 19, S. 138).

e) Dagegen ist eine weitere Folge an die Übertretung des Verbotes nicht geknüpft; insbesondere bleiben **die Geschäfte** dem Dritten gegenüber **gültig** (P. 1425).

f) **Vertragsmäßig** werden die Konkurrenzverbote über das Verhältnis hinaus stipuliert. Über solche **Konkurrenzverbote** vergl. zu Art. 59.

Zusatz zum fünften Titel des ersten Buches.

Die Vollmacht des **Verwalters einer in Zwangsverwaltung gezogenen Handelsunternehmung**[18]) ist zwar keine Handlungsvollmacht, sondern die Vollmacht eines gesetzlichen Vertreters (V. Mayer, Anm. 179; Randa, S. 183) ist aber infolge des gesetzlich festgesetzten Inhaltes und Umfanges in diesem Zusammenhange zu erörtern. Der Verwalter ist der gesetzliche Vertreter des Verpflichteten bezüglich des verwalteten Unternehmens und der Erträgnisse dieses Unternehmens. Er übt ja das Unternehmen des Verpflichteten kraft der diesem zustehenden gewerberechtlichen Befugnis aus, handelt unter der fortbestehenden Firma des Verpflichteten. (Die Frage ist übrigens bestritten: vergl. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 770, N. 51.)

§ 1. **Der Umfang der Vollmacht** des Verwalters ist in § 343, Abs. 1 EO. normiert:

§ 343 EO.: „Der Verwalter, der durch das Vollstreckungsorgan in das zu verwaltende Unternehmen einzuführen ist, gilt kraft seiner Bestellung zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, welche der Betrieb eines Unternehmens von der Art des zu verwaltenden gewöhnlich mit sich bringt.

Der Verwalter ist insbesondere zum Widerrufe einer vom Verpflichteten für den Betrieb des in Verwaltung gezogenen Unternehmens erteilten Prokura oder Handelsvollmacht berechtigt. Ferner ist er zur Empfangnahme der als Wertsendungen bezeichneten Postsendungen befugt, welche an die verwaltete Unternehmung (Fabriksetablissement, Handelsbetrieb) gerichtet sind."

Daneben findet aber gemäß §§ 334, Abs. 2, 341, Abs. 1 EO. auch § 109, Abs. 3, EO. Anwendung (Schubert-Soldern, S. 443).

Es kommt sohin im Gegensatze zu Art. 41 darauf an, was der Betrieb des bestimmten Unternehmens mit sich bringt. Bezüglich des Näheren kann im allgemeinen auf die Bemerkungen bei Art. 47 verwiesen werden. Handlungen, die nicht in den gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb des vom Verwalter betriebenen Geschäftes fallen, darf der Verwalter nur mit Genehmigung des Exekutionsgerichtes vornehmen (§ 112 EO.). Wird ein solches Geschäft vom Verwalter ohne diese Genehmigung geschlossen, so hat es keine Wirksamkeit (Pollak, S. 40; dagegen Kreis, JBl. 1899, S. 149). Jedoch haftet in diesem Falle der Verwalter nicht nach Art. 55 (vergl. § 3 zu Art. 55). Fällt das Geschäft überhaupt außerhalb des wirtschaftlichen Betriebes der verwalteten Unternehmung, schließt z. B. der Verwalter eines Tuchwarengeschäftes Weineinkäufe ab, so darf die gerichtliche Genehmigung zum Abschlusse des Geschäftes überhaupt nicht erteilt werden (§ 109 EO.). Wird dessenungeachtet das Geschäft unter gerichtlicher Genehmigung geschlossen, so ist dasselbe gegenüber dem dritten Kontrahenten zwar gültig, das Gericht aber haftet für den hieraus erwachsenen Schaden mit der Syndikatsklage (Pollak, S. 41; dagegen Kreis a. a. O., S. 149). Der Umfang der Vollmacht des Verwalters ist in-

[18]) Literatur: R. Pollak, Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen (in Jur. Viertelsschr., Bd. XXXI, 4. Heft und in Separatabdruck bei Manz erschienen); derselbe, Zivilpr. 770, 782; Schubert-Soldern, Die Zwangsverwaltung und die Verwahrung und Verwaltung, S. 442 ff., Randa, I, S. 207.

Digitized by Google

sofern ein weiterer als der der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten im Sinne des Art. 47, als dem Verwalter die Befugnis zur Prozeßführung, Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und Aufnahme von Darlehen im Gesetze nicht entzogen ist. Die Befugnis zur Führung von Aktivprozessen ist ihm übrigens in § 109 EO. ausdrücklich eingeräumt; so ist der Verwalter jedenfalls berechtigt, Eingriffe in Patent- und Markenrechte, die der Unternehmung zusteh.n, zu verfolgen (Kreis a. a. O.). Die Ermächtigung des Verwalters zur Führung von Passivprozessen leitet Pollak (S. 34) mit Recht aus der allgemeinen Fassung des § 343 EO. ab. Ob der Verwalter zur Führung der Aktiv- und Passivprozesse der gerichtlichen Ermächtigung bedarf, ist danach zu entscheiden, ob die Prozeßführung in den gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb des verwalteten Unternehmens fällt (Mat. II, S. 647). Prozeßpartei ist der Verpflichtete (Pollak, S. 35; die Frage ist übrigens bestritten; vergl. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 770, N. 51; Randa I., S. 207; vergl. zur ganzen Frage auch Schubert-Soldern, S. 443, und Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 235 ff.). Die Befugnis zur Aufnahme von Darlehen ist in § 343 EO. ebenfalls nicht ausgeschlossen. Aus § 129 EO. läßt sich zwar der Satz ableiten, daß der Verwalter einer in Zwangsverwaltung gezogenen Liegenschaft zur Bewirtschaftung derselben keine Darlehen aufnehmen darf, jedoch ist eine sinngemäße Anwendung dieses Rechtssatzes auf die Zwangsverwaltung von gewerblichen Unternehmungen trotz § 343, Abs. 2 nicht möglich, da die Aufnahme von Darlehen bei Bewirtschaftung von Liegenschaften eine ganz andere wirtschaftliche Bedeutung hat als beim Betriebe eines Handelsgewerbes (vergl. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 771). Soll der Verwalter namens des Verpflichteten Wechsel ausstellen, so genügt es, wenn er „als Verwalter" seinen Namen unter den von ihm geschriebenen Namen des Verpflichteten setzt. Die Beilegung einer Vollmacht oder gerichtlichen Ermächtigung ist weder zur Gültigkeit des Skripturaktes noch zur Eignung des Wechsels für das Wechselverfahren notwendig, da das Gesetz vom 19. Juni 1872 sich nur auf die Firmenzeichnung durch Stellvertreter bezieht und der Verwalter kein durch Privatwillkür bestellter Stellvertreter ist, auf die das angeführte Gesetz allein gemünzt ist (so Pollak, S. 39). Zur Bestellung eines Prokuristen kann der Verwalter nicht für befugt angesehen werden, da der Umfang der Vollmacht des Prokuristen ein größerer ist als der des Verwalters (vergl. Art. 41 HGB. und § 343 EO.; dagegen Pollak, S. 37).

§ 2. **Aus den vom Verwalter innerhalb seiner Vollmacht geschlossenen Geschäften haftet der Verpflichtete**, und zwar ohne Beschränkung der Haftung auf das der Zwangsverwaltung unterzogene Unternehmen (R. Pollak, S. 35; R. Pollak, Zivilprozeß, S. 771.

§ 3. **Bloß auftragswidriges** Handeln des Verwalters, das sich innerhalb des eben beschriebenen Umfanges seiner Vollmacht bewegt, aber den vom Exekutionsgerichte dem Verwalter erteilten Anweisungen widerspricht, schadet der Gültigkeit des Geschäftes nicht, gleichgültig, ob der Dritte die dem Verwalter erteilte Instruktion kannte oder nicht, es wäre denn, daß eine Kollusion vorläge. Der Verwalter kann jedoch durch solche Handlungsweise ersatzpflichtig werden (Pollak, S. 40).

§ 4. **Die Vollmacht des Verwalters ist registrierungspflichtig**, soferne die Firma des verwalteten Unternehmens im Handelsregister (oder im Genossenschaftsregister) eingetragen ist. § 342, Abs. 1, schreibt nämlich die Anmerkung im Handelsregister und Bekanntmachung der Bewilligung der Zwangsverwaltung in diesem Falle vor. Die Rechtswirkungen der Bekanntmachung richten sich nach Art. 46. Daher kann auf dasjenige, was dortselbst hinsichtlich des Prokuristen bemerkt wurde, verwiesen werden. Daß nach Beendigung der Zwangsverwaltung die Anmerkung im Handels-

Digitized by Google

regiſter zu löſchen iſt, verſteht ſich trotz einer diesbezüglichen Geſetzesbeſtimmung von ſelbſt. Jedoch findet auf dieſe Löſchung und deren Kundmachung Art. 46 keine Anwendung (vergl. V. Mayer, Anm. 175.

§ 5. Der Verwalter hat ſeine Unterſchrift perſönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder in beglaubigter Form einzureichen (§ 342, Abſ. 2), natürlich nur dann, wenn die Vorausſetzung des § 342, Abſ. 1 EO. für die Anmerkung der Bewilligung der Zwangsverwaltung im Handelsregiſter vorhanden iſt. Eine dem Art. 44 entſprechende Vorſchrift, wie der Verwalter im geſchäftlichen Verkehre zu zeichnen hat, beſteht nicht. Art. 48 wird ſinngemäß anzuwenden ſein.

Sechſter Titel.[1])

Von den Handlungsgehilfen.

Artikel 57.

Die Natur der Dienſte und die Anſprüche der Handlungsgehilfen (Handlungsdiener, Handlungslehrlinge) auf Gehalt und Unterhalt werden, in Ermanglung einer Übereinkunft, durch den Ortsgebrauch oder durch das Ermeſſen des Gerichtes, nötigenfalls nach Einholung eines Gutachtens von Sachverſtändigen, beſtimmt.

Einleitung. **Der Artikel handelt im allgemeinen von der Natur der Dienſte und den Anſprüchen der Handlungsgehilfen.** Für die Form des Engagementsvertrages ſind Art. 273, Abſ. 1, und 317 maßgebend. Er iſt formlos gültig. Denn er iſt ein Handelsgeſchäft (§ 7 zu Art. 273).

§ 1. 1. **Der Begriff des Handlungsgehilfen.** Handlungsgehilfe iſt derjenige, der von dem Prinzipal des Handelsgeſchäftes durch einen Dienſtvertrag angeſtellt iſt, um kaufmänniſche Dienſte zu leiſten. Daraus ergeben ſich folgende Abgrenzungen:

a) Er ſteht in einem Dienſtverhältniſſe, das heißt er gehört dem Organismus des Geſchäftes derart an, daß er in Bezug auf die Art der Ausübung ſeiner Dienſtleiſtung von den Anordnungen der Geſchäftsleitung abhängig iſt (vergl. Randa I., S. 208), natürlich in den durch Vertrag und Gebrauch gezogenen Grenzen. Nicht der Erfolg ſeiner Tätigkeit, ſondern dieſe ſelbſt iſt gemietet. Handlungsgehilfe iſt demnach der Kommis, der Reiſende, der Korreſpondent, nicht der Agent (vergl. § 1 zum zweiten

---

[1]) Eine geſetzliche Neuregelung der Rechtsverhältniſſe der Handlungsgehilfen ſteht in Ausſicht. Ein von der Regierung dem Abgeordnetenhauſe vorgelegter Entwurf zu einem Geſetz über den Dienſtvertrag der Handlungsgehilfen und anderer Dienſtnehmer in ähnlicher Stellung (Handlungsgehilfengeſetz, Beilage 192, 18. Seſſion, 1907; im folgenden zitiert mit „Entwurf“) regelt neben den Rechtsverhältniſſen der Handlungsgehilfen (der bei einem Kaufmanne zur Leiſtung kaufmänniſcher Dienſte angeſtellten Perſonen) auch — und bis auf einige Punkte in ganz gleicher Weiſe — das Dienſtverhältnis der bei einem Kaufmanne zur Leiſtung höherer aber nicht kaufmänniſcher Dienſte angeſtellten Perſonen und der Dienſtnehmer, die zu Leiſtungen kaufmänniſcher oder höherer Dienſte in einem Unternehmen, auf das die Gewerbeordnung Anwendung findet, oder in einer Kredit-, Verſatz-, Verſorgungs-, Renten-Verſicherungsanſtalt, Spar- oder Vorſchußkaſſe oder in der Verwaltung oder in dem Verſchleiße periodiſcher Druckſchriften angeſtellt ſind. Die Art. 57—65 HGB. ſollen aufgehoben werden. Vergl. zu dieſem Entwurfe: S. Grünberg, „Neues Wiener Tagblatt“, 1907, Nr. 241, 242; Pisko, JBl. 1907, Nr. 37 ff.

Digitized by Google

Zusatz zu Buch I). Über den Unterschied des Handlungsgehilfen vom stillen Sozius siehe § 4 zu Art. 250. Zu den Handlungsgehilfen gehört auch der sogenannte Stundenbuchhalter, das heißt derjenige, der einige Stunden des Tages oder der Woche im Geschäfte tätig ist, um die Bücher in Ordnung zu halten (Lehmann, S. 192). Denn für die Zeit seiner Tätigkeit gehört er dem Organismus des Geschäftes an. Auf ihn sind daher die Kündigungsfristen des Handlungsgehilfen anzuwenden, ebenso auf denjenigen, der nur an bestimmten Tagen der Woche dem Prinzipale Dienste zu leisten hat (Gewerbegericht, 1070). Auch ist nicht ausgeschlossen, daß jemand gleichzeitig Gehilfe mehrerer Prinzipale ist (Gewerbegericht, 131).

b) Die Anstellung muß mittels privaten Dienstvertrages erfolgen. Daher sind keine Handlungsgehilfen diejenigen Personen, die bei staatlichen Unternehmungen, die den Fiskus als Kaufmann erscheinen lassen, als Beamte angestellt sind (vergl. § 8 zu Art. 4), wie z. B. Postbeamte (Canstein I., S. 317; Randa. I., S. 211). Dagegen sind die Eisenbahnbeamten mit Ausnahme bestimmter Kategorien mittels privatrechtlichen Dienstvertrages angestellt (Ziffer, unter Artikel „Eisenbahnbeamte" im Österreichischen Staatswörterbuch; a. M. Randa, I., S. 211; vergl. die unten bei § 29 mitgeteilte Judikatur).[2]) Dagegen genießen die Angestellten der vom Staate betriebenen Eisenbahnen das Exekutionsprivilegium der in öffentlichem Dienste stehenden Personen nach dem Gesetze vom 24. April 1882, da die Voraussetzung für die Anwendung dieses Gesetzes nicht der öffentlich-rechtliche Charakter des Dienstverhältnisses, sondern die Anstellung bei einer der in § 1 dieses Gesetzes genannten Personen des öffentlichen Rechtes bildet (Pick, WZ. XXVIII., S. 32).

c) Die Fähigkeit zum Abschlusse des Dienstvertrages bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des ABGB. Für Minderjährige, die der väterlichen Gewalt nicht unterworfen sind, gilt § 246 ABGB. Minderjährige, die unter väterlicher Gewalt stehen, bedürfen der Zustimmung des Vaters, die nur nach Maßgabe des § 148 ABGB. vom Richter suppliert werden kann (vergl. Krasnopolski, WZ. XIV., S. 327; Krainz-Ehrenzweig, § 75). Die besondere in Ansehung der Hilfsarbeiter unter 16 Jahren getroffene Bestimmung des § 80, Abs. 2 GewO. gilt nicht für Handlungsgehilfen, da die die Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung bildenden Arbeitsbücher bei den Handlungsgehilfen nicht vorkommen (§ 79 GewO.; Krasnopolski, WZ. 14, S. 327).

d) Der Handlungsgehilfe braucht nicht zugleich Vertreter in Rechtsgeschäften zu sein, braucht nicht zugleich Handlungsvollmacht zu haben (Art. 58), und der Handlungsbevollmächtigte braucht umgekehrt nicht notwendig im Dienstverhältnisse zu stehen. Wer bloß Handlungsbevollmächtigter ist, untersteht nicht den Vorschriften dieses Artikels (ROHG. 7, S. 298).

e) Er ist von dem Prinzipal angestellt (scil. oder von dessen Vertreter). Daher finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung auf Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, oder Geschäftsführer einer

[2]) § 3 des Entwurfes erklärt seine Bestimmungen für unanwendbar auf: Angestellte der Eisenbahnen und der Seeschiffahrt; auf Beamte oder Bedienstete des Staates oder eines vom Staate verwalteten Fonds, auf Beamte eines Landes, eines Bezirkes, einer Gemeinde, des Hofes und eines öffentlichen Fonds.

Digitized by Google

Gesellschaft m. b. H. Dieselben sind nicht Handlungsgehilfen, sondern gesetzliche Vertreter der juristischen Person und im Verhältnis zu den übrigen Angestellten selbst die Prinzipale (ROHG. 13, S. 179; 21, S. 375). Ihre Dienstverhältnisse regeln sich daher nach bürgerlichem Rechte (ROHG. 19, S. 58 und 61). Die Vorschriften dieses Titels finden nicht einmal analoge Anwendung (RG. 7, S. 77; Bolze 18, Nr. 407). Handlungsgehilfen sind dagegen die Beamten, auch die höheren, einer Aktiengesellschaft.

f) Er ist angestellt, um kaufmännische Dienste zu leisten. Dadurch unterscheiden sich die Handlungsgehilfen von den sonstigen Gehilfen des Kaufmannes. Canstein I., S. 313; Blaschke-Pitreich, S. 80; Heilinger II., S. 6; Mataja, S. 62; Schreiber, Arbeitsvertrag, S. 18, der seine Ansicht für das österreichische Recht zutreffend auf die Bestimmung des § 39, Z. 2 EinfG. zum HGB. gründet, wo neben den Handlungsgehilfen und den Gesindedienste verrichtenden Personen noch die „anderen in ihrem Gewerbe angestellten Personen" erwähnt sind; Behrend, § 44, Anm. 9; Hahn, § 4; abweichend Thöl, Praxis des Handelsrechtes, Heft 1, S. 42; Wendt bei Endemann I., S. 249; Randa I., S. 210, welche alle Gehilfen des Kaufmannes als Handlungsgehilfen ansehen. Die Judikatur steht jetzt unter Ablehnung des in älteren Entscheidungen (vergl. AdlCl. 1640, 1788) vertretenen Standpunktes durchaus auf dem Boden der hier mitgeteilten Ansicht (AdlCl. 2206, 2332, 2337; Amtl. Slg. 765; OGH., 4. Mai 1904, ZBl. 1906, N. 291). Ebenso § 59 d. HGB., § 1 Entw.

g) Anstellung gegen Entgelt wird vom HGB. (im Gegensatze zu § 59 d. HGB.) nicht gefordert. Daher ist auch der Volontär Handlungsgehilfe und finden auf ihn die Bestimmungen des sechsten Titels, sofern sie sich nicht ausdrücklich auf die Lohnzahlung beziehen, Anwendung (Pfersche, Gewerbliches Arbeitsverhältnis, S. 5; vergl. auch erläuternde Bemerkungen zu § 4 des Entwurfes).

h) Die Anstellung muß bei einem Kaufmanne im Sinne des HGB. erfolgt sein (vergl. Gewerbegericht 796). Angestellte, die bei anderen Personen als Kaufleuten kaufmännische Dienste leisten, z. B. die Buchhalter oder Korrespondenten eines Urproduzenten sind auch dann, wenn dessen Betrieb kaufmännisch eingerichtet ist, keine Handlungsgehilfen.

Das HGB. erwähnt von den Handlungsangestellten nur die Handlungsgehilfen und die Personen, welche Gesindedienste verrichten. Dennoch lassen sich die Gehilfen des Kaufmannes nach der Art der Rechtsnormen, die je nach der Natur der Dienste in Anwendung kommen, und die hiedurch hervorgerufene Verschiedenheit der Kündigungsfristen, der Auflösungsgründe und der Art der Rechtsverfolgung **in vier Klassen einteilen.**

§ 2. a) Als **Handlungsgehilfen** im Sinne des Titels sind nur diejenigen Gehilfen des Kaufmannes zu betrachten, welche ihm wesentlich oder überwiegend kaufmännische Dienste leisten.[3]) Dabei ist das Wort kaufmännisch nicht in dem weiten juristischen Sinne zu verstehen, wie er in Art. 4 gebraucht ist, sondern im historischen und herkömmlichen Sinne (vergl.

---

[3]) a) Hat der Gehilfe sowohl kaufmännische als technische Dienste zu leisten, so ist entscheidend, welcherlei Dienste die vorwiegenden sind (Cosack, S. 88; Puchelt-Fürtsch, Anm. 2; vergl. auch Bolze 17, Nr. 410).

b) Derjenige, der aus der Natur der Dienste Rechte herleiten will, hat dieselbe zu beweisen (RG. vom 23. Juli 1881, bei Hahn Note 3).

Digitized by Google

auch Makower, 13. Aufl., S. 191), es müssen Dienste sein, zu denen diejenige Schulung und Fertigkeit gehört, die man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tätigkeit nennt. Die kaufmännische Signatur ist es, wie das ROHG. (17, S. 309) treffend sagt, welche den Gehilfen zum Handlungsgehilfen macht. Dazu gehört aber nicht bloß und nicht notwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften. Kassaführung, Buchhaltung, Korrespondenz usw. stellen kaufmännische Dienste dar. Leistet der Angestellte neben kaufmännischen Diensten noch andere Dienste, so kommt es darauf an, welche Dienste die überwiegenden sind (so auch § 1 und 2 Entw.).

Als Handlungsgehilfe ist hienach zu betrachten: zweifellos der durch Dienstvertrag angestellte Prokurist; der durch Dienstvertrag angestellte generelle Handlungsbevollmächtigte, der ständig angestellte Agent (Gewerbegericht 537); ferner der Kommis, welcher beim Verkaufe mitwirkt, auch wenn er zum Abschluß selbst nicht ermächtigt ist, die kaufmännische Natur seiner Tätigkeit besteht dann in dem Überzeugen und Überreden des Kunden, seiner Warenkenntnis usw.; der Kassier, weil zur Beherrschung des Zahlenmaterials und zur Besorgung des Einkassierungs- und Auszahlungsgeschäftes kaufmännische Schulung gehört; der Buchhalter; der Korrespondent; der Reisende; das Ladenmädchen (auch wenn es nicht mit dem Publikum verkehrt, sondern nur etikettiert, sortiert usw. — LG. I., Berlin, bei Perl und Wreschner, 1881, S. 63, auch zitiert in GZ. 42, S. 513); der Leiter eines Hotels (Bolze 16, Nr. 238 und 382); ebenso der Geschäftsführer in einem großen Restaurant (Bolze 16, Nr. 375); nicht jedoch der Redakteur (Busch, Archiv 22, S. 254) oder der Berichterstatter einer Zeitung (RG. 1, S. 268), wohl aber der mit der Zeitungsexpedition und mit der Korrespondenz betraute Bureauvorsteher eines Zeitungsverlegers, auch wenn er nebenbei redaktionelle Geschäfte zu besorgen hat (LG. I., Berlin, in GZ. 42, S. 513), nicht der technische Fabriksleiter (GlUNF., 2128).

Innerhalb dieser Klasse lassen sich wiederum zwei Gruppen unterscheiden:

aa) Jene Personen, die zwar Handelsgehilfen im Sinne des Art. 57, aber keine gewerblichen Hilfsarbeiter im Sinne des § 73 GewO. sind, auf welche sich daher § 25 EinfG. zum HGB. nicht bezieht und auf die demnach die Vorschriften der GewO. keine Anwendung finden. Es sind dies jene Handlungsgehilfen, welche zu kaufmännischen Diensten höherer Art verwendet werden, wie Kassiere, Korrespondenten, Handlungsreisende, Prokuristen (vergl. § 73, letzter Absatz GewO.). Entscheidend ist jedoch in dieser Hinsicht nicht die Benennung des Handlungsgehilfen, sondern dessen faktische Stellung in dem Gewerbe des Prinzipals (HG. Wien in JBl. 1901, Nr. 23; Gewerbegericht 623). Es ist übrigens bestritten, daß es Handlungsgehilfen gibt, die nicht gleichzeitig gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne der GewO. sind. Die §§ 73 und 92 GewO. geben zu dieser Kontroverse Anlaß. § 73, lit. a bezeichnet als gewerbliche Hilfsarbeiter „Gehilfen (Handlungsgehilfen, Gesellen, Kellner . . . . u. dgl.)", während es im letzten Absatze dieses Paragraphen heißt: „Die für höhere Dienste in der Regel mit Jahres- oder Monatsgehalt angestellten Individuen, wie: Werkführer, Mechaniker, Faktoren, Buchhalter, Kassiere, Expedienten, Zeichner, Chemiker u. dgl. werden unter Hilfsarbeitern nicht begriffen." § 92 wiederum bestimmt: „Auf die Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge

Digitized by Google

und Handlungsdiener finden die Bestimmungen dieses Abschnittes nur insofern Anwendung, als in dem HGB. nicht etwas anderes angeordnet ist." Aus dem Wortlaute des § 92 GewO. und der Erwägung, daß die Unterscheidung der Handelsangestellten in solche höherer und niederer Ordnung dem HGB. fremd sei, wird von mancher Seite gefolgert, daß das gesamte kaufmännische Hilfspersonal oder wenigstens die Handlungsgehilfen im Sinne des HGB. zu den gewerblichen Hilfsarbeitern im Sinne der GewO. gehören, und daß die Fassung des § 73 GewO. als ein Redaktionsversehen anzusehen sei (so Heilinger II., S. 6). Jedoch bieten sich für die Annahme eines Redaktionsversehens keine genügenden Gründe. § 73, letzter Absatz, enthält einfach eine allgemeine Einschränkung des in lit. a Gesagten, indem eine gewisse Gruppe der dortselbst genannten Personen aus dem Kreise der gewerblichen Hilfsarbeiter ausgeschieden wird. § 92 aber ist nur im Zusammenhange mit § 73 aufzufassen und will bloß sagen, daß für jene Handlungsgehilfen, die auf Grund des § 73 gleichzeitig als gewerbliche Hilfsarbeiter anzusehen sind, primär die Vorschriften des HGB. und erst subsidiär die der GewO. zur Anwendung gelangen. „§ 92 will also die Anwendung der gewerblichen Vorschriften über die Hilfsarbeiter bei dem kaufmännischen Personale beschränken, nicht erweitern" (so auch Mataja, S. 62; Schreiber, S. 18; Krasnopolski a. a. O., S. 280; Randa, I., S. 215).

In diese Gruppe fallen aber auch, ohne Rücksicht darauf, ob die geleisteten Dienste höhere oder niedere sind, diejenigen Personen, welche bei den Art. V KdMP. zur GewO. genannten Unternehmungen, auf welche die GewO. keine Anwendung hat, angestellt sind. Besteht eine dieser Unternehmungen in dem Betriebe von Handelsgeschäften (siehe Art. V lit. k und l) und leistet der Angestellte kaufmännische Dienste höherer oder niederer Art, so ist er Handlungsgehilfe, aber nicht gewerblicher Hilfsarbeiter (vergl. Krasnopolski a. a. O. S. 281, Randa I, S. 215).

ββ) Jene Handlungsgehilfen im Sinne des HGB., die bloß kaufmännische Dienste niederer Ordnung verrichten, wie die gewöhnlichen Verkaufskommis, Inkassanten (im Gegensatze zu Kassieren) usw., sind im Sinne des § 73 GewO. gleichzeitig gewerbliche Hilfsarbeiter. Auf diese finden primär die Bestimmungen des sechsten Titels des I. Buches des HGB. und subsidiär die Bestimmungen der GewO. über das gewerbliche Hilfspersonale Anwendung (§ 25 EinfG. zum HGB.; § 92 GewO.).[4])

[4]) § 25 EinfG. zum HGB.: „Die in den Gewerbegesetzen über das gewerbliche Hilfspersonale enthaltenen Vorschriften bleiben, insofern sie sich auf Gehilfen bei Handlungsgewerben beziehen und die Art. 59—65 HGB. nicht etwas anderes verfügen, neben dem HGB. in Kraft." In den beiden im Texte angeführten Gesetzesstellen ist die Subsidiarität der GewO. gegenüber dem HGB. nur in Ansehung der Bestimmungen der GewO. ausgesprochen, die das Verhältnis des Gehilfen zum Prinzipal regeln. In allen anderen Punkten sind etwaige Kollisionen zwischen Handelsrecht und GewO. nach den allgemeinen Grundsätzen zu lösen, die bei § 11 zu Art. 1 über das Verhältnis von handelsrechtlichen und nicht handelsrechtlichen Normen entwickelt wurden (vergl. Krasnopolski, a. a. O.). Aus der erwähnten Subsidiarität der Bestimmungen des VI. Hauptstückes der GO. gegenüber denen des sechsten Titels des I. Buches des HGB folgt, daß Vereinbarungen zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen, die gleichzeitig gewerbliche Hilfsarbeiter sind, wenn sie nach dem HGB. erlaubt sind, auch fernerhin gestattet sind, auch wenn sie den Bestimmungen der §§ 78 ff. GewO. (Verbot des Truckſystems) widerstreiten (Krasnopolski, a. a. O., S. 279; Blaschke-Pitreich,

Digitized by Google

β) **Eine zweite Klasse der Gehilfen des Kaufmannes sind die gewerblichen Hilfsarbeiter,**[5]) deren Dienstverhältnisse nach der GewO. sich regeln. Es sind dies diejenigen Gehilfen, welche lediglich oder überwiegend nicht kaufmännische, sondern gewerbliche Dienste leisten, so die Gesellen und Arbeiter einer Fabrik, der Koch eines Restaurants (ROHG. 10, S. 299), der Zuschneider in einem Kleidergeschäft (ROHG. 21, S. 18; dagegen AdlEl. 1424, wo derselbe als Handlungsgehilfe erklärt wurde); der Kellner und Oberkellner, auch wenn sie Rechtsgeschäfte abschließen und Handlungsbevollmächtigte sind, weil zu diesen einfachen Geschäftsabschlüssen keinerlei kaufmännische Fähigkeit gehört (ROHG. 24, S. 270; dagegen die Gründe bei AdlEl. 1424); aus demselben Grunde der Omnibusschaffner, welcher Fahrscheine verkauft und Listen führt (LG. I., Berlin, in GZ. 42, S. 513); der Putzer einer Schlafwagengesellschaft (AdlEl. 2206); der Geschäftsdiener (Gewerbegericht 410, 538). § 3.

Der Begriff des gewerblichen Hilfsarbeiters ist ein umfassender und keineswegs auf diejenigen Personen beschränkt, die sich mit der Bearbeitung und Erzeugung von Waren befassen. Eine Begriffsbestimmung dieser Klasse von Handlungsangestellten läßt sich positiv nur dahin geben, daß die Begriffsmerkmale des § 73 GewO. für den gewerblichen Hilfsarbeiter vorliegen müssen, und negativ dahin, daß der Angestellte nicht infolge der kaufmännischen Natur der von ihm geleisteten Dienste zu den Handlungsgehilfen im Sinne des Art. 57 gehören darf. Nicht hieher gehören demnach die in Art. V, lit. d KdMP. zur GewO. bezeichneten Personen, die Lohnarbeit der gemeinsten Art verrichten, ohne aber zum Gesinde zu gehören, wie z. B. Eisablader, Wagenwascher usw. Ferner gehören nicht in diese Klasse jene Angestellten, die zwar keine kaufmännischen, aber Dienste höherer Art verrichten, die daher gemäß § 73, letzter Absatz GewO. nicht als gewerbliche Hilfsarbeiter anzusehen sind, z. B. technische Direktoren einer Fabrik, Zeichner, Chemiker (Canstein, I., S. 327). Nicht in diese Klasse gehören endlich die Personen, die in Unternehmungen angestellt sind, auf welche gemäß Art. V KdMP. zur GewO. die Gewerbeordnung keine Anwendung findet, insbesondere nicht die Apothekergehilfen (siehe Art. V, lit. g KdMP.); diese sind aber auch nicht zu den Handlungsgehilfen zu rechnen, weil sie im wesentlichen technische Dienste verrichten und auch das Verkaufen der Arzneien sich ohne jede kaufmännische Fähigkeit vollzieht (Cosack, S. 88; dagegen AdlEl. 2026).

γ) **Gesinde.**[8]) Personen, welche im wesentlichen Hilfsdienste verrichten und in enger Beziehung zur Familie stehen,[9]) unterfallen den Vorschriften der § 4.

S. 82; dagegen Heilinger II., S. 130; Seltsam-Posselt, S. 279; Randa I., S. 216). § 32 Entw. spricht gleichfalls seinen Bestimmungen gegenüber die subsidiäre Geltung der GewO. aus.

[5]) Der Engagementvertrag, durch welchen ein Gewerbegehilfe vom Kaufmann engagiert wird, ist natürlich ein Handelsgeschäft (§ 7 zu Art. 273). Auch die einem Gewerbegehilfen erteilte Vollmacht ist eine Handlungsvollmacht. Nur die Dienstverhältnisse regeln sich nach der GO.

[8]) Der betreffende Engagementvertrag ist natürlich ein Handelsgeschäft, die dem Gehilfen erteilte Vollmacht eine Handlungsvollmacht. In § 39 EinfG. zum HGB. (1. Abs. in Verbindung mit Z. 2) werden die Rechtsverhältnisse dieser Personen ausdrücklich als Handelssachen erklärt (vergl. § 1 zu Art. 1). Hieraus folgert Schreiber (S. 18) mit Recht, daß auf die Rechtsverhältnisse dieser Personen noch vor dem ABGB. ein allfällig bestehendes Handelsgewohnheitsrecht anzuwenden ist.

[9]) Sonst sind sie gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne des § 73, lit. d GO.

Digitized by Google

Gesindeordnung (Art. 65) und subsidiär denen des ABGB. (Krainz-Ehrenzweig, § 376; so z. B. der Hausknecht eines Hotels, der im Hotel selbst beköstigt wird und schläft (LG. I, Berlin, bei Perl und Wreschner 1890, S. 31). Es gehören dazu die Hausdiener, Kutscher, Aufwartefrauen usw., wenn sie gleichzeitig zur häuslichen Gemeinschaft des Prinzipals gehören (Gewerbegericht 128).

§ 5. δ) **Andere Gehilfen des Kaufmannes.** Die Dienstverhältnisse aller derjenigen Personen, welche zu keiner der vorgenannten drei Klassen gehören, regeln sich nach den Bestimmungen des ABGB. über den Lohnvertrag. Dahin sind zunächst diejenigen Personen zu zählen, welche, ohne kaufmännische Dienste zu leisten, im Sinne der §§ 72, 73, letzter Absatz GewO. nicht zu den gewerblichen Hilfsarbeitern zu zählen sind, weil ihre Dienstleistungen infolge ihrer künstlerischen, technischen oder wissenschaftlichen Bedeutung als höhere anzusehen sind (vergl. hierüber Heilinger II., S. 4), z. B. die Redakteure einer Zeitung; die Reporter derselben; der Rechtskonsulent einer Aktiengesellschaft; die Apothekergehilfen; die Kontrollore einer Pferdebahngesellschaft; die sogenannten Probiermamsells in Konfektionsgeschäften; die technischen Betriebsleiter usw. Auf die Auflösung des Dienstverhältnisses dieser Personen findet Art. 61 HGB. gemäß § 7 ABGB. analoge Anwendung (Amtl. Slg. 765 [SpR. 177], Gewerbegericht 788, Krainz-Ehrenzweig, § 374, N. 7), sofern es sich um höhere Dienste handelt, sonst die Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Kündigungsfrist. (Vergl. hiezu auch Karl Wagner, Die Kündigungsfrist der Werkmeister, GZ. 1899, S. 342.)

§ 6. 2. **Die Art und der Umfang der Dienste** richtet sich nach dem Übereinkommen, eventuell nach dem Ortsgebrauche, eventuell entscheidet die Angemessenheit der Leistungen.[10]) Vereinbarungen sind dabei wohl zu unterscheiden von Dienstanweisungen, welche letztere auch einseitig vom Prinzipal geändert werden können.

a) Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, daß der Gehilfe seine Dienste persönlich leisten muß.

b) Im Zweifel braucht der Gehilfe nur kaufmännische Dienste zu leisten. So ist z. B. die Verkäuferin in einem Konfektionsgeschäfte selbst während der Saison nicht verpflichtet, ein auch nur mäßig großes Paket nach Schluß der Geschäftszeit zu einem Kunden zu tragen (Auskunft der Berliner Ältesten bei Horrwitz, S. 33). Der Kommis in einem Wäschegeschäfte ist nicht verpflichtet, Bettfedern umzuschütten (Auskunft der Berliner Ältesten, ebd.); das Wiederverpacken und Wegräumen der zum Zwecke des Verkaufes ausgepackten und vorgelegten Waren ist aber Sache des Verkäufers, wenn es nicht eine erhebliche Mühewaltung oder untergeordnete Tätigkeit involviert (Horrwitz, S. 33). Reine Gesindedienste (z. B. Auskehren) braucht der Handlungsgehilfe niemals zu verrichten. Hinsichtlich der Handlungsgehilfen, die gleichzeitig gewerbliche Hilfsarbeiter sind, ist dies in § 76 GewO. ausgesprochen (vergl. Gewerbegericht, 1118).

c) Auch braucht der kaufmännische Handlungsgehilfe nur diejenige kaufmännische Tätigkeit zu leisten, für welche er engagiert ist: der Korrespondent braucht nicht den Ladenverkäufer, der Reisende nicht

[10]) Nach § 4 Entw. sind in Ermanglung einer Vereinbarung „die den Umständen nach angemessenen Dienste und ein ebensolches Entgelt zu leisten".

Digitized by Google

den Buchhalter zu spielen. Aber derjenige, der als Handlungsgehilfe schlechtweg engagiert ist, muß sich in jedem Fache beschäftigen lassen. Auch der für ein besonderes Fach aufgenommene Gehilfe muß auch kaufmännische Dienste anderer Art übernehmen, wenn es sich nur um keine soziale Erniedrigung und keine erhöhte Arbeitslast bewirkende Nebenleistungen handelt (Lehmann, S. 194). Nach einer Niederlassung in einem anderen Orte braucht sich der Gehilfe mangels einer besonderen Vereinbarung nicht versetzen zu lassen (Lehmann, a. a. O.).

d) Der Umfang der Dienste, insbesondere der zeitliche Umfang ist gesetzlich nicht festgelegt (wenigstens zur Zeit noch nicht). Hier entscheidet der Wille des Prinzipals (für gewerbliche Hilfsarbeiter in Fabriken siehe § 96 a GewO.). Aber über die regelmäßige Geschäftszeit hinaus braucht sich der Gehilfe nicht beschäftigen zu lassen (Gewerbegericht, 1167). Doch ist es allgemein üblich, daß die Handlungsgehilfen das Geschäftslokal nicht vor Beendigung ihrer dringenden Arbeiten verlassen, selbst wenn dadurch eine geringe Verzögerung eintritt. Auch vorübergehende Mehrleistungen, welche durch Jahreszeit und Konjunktur bedingt werden, sind nicht zu vergüten (vergl. Berliner Ältesten bei Dove und Apt, I., S. 1). In der Ultimozeit, in der Inventur- und Weihnachtszeit wird wohl auch länger gearbeitet, ohne daß der Handlungsgehilfe sich dessen weigern oder besondere Bezahlung verlangen darf (Horrwitz, S. 37). Ein Anspruch auf Urlaub steht den Gehilfen mangels einer besonderen Vereinbarung oder entsprechenden Handelsgebrauches nicht zu (§ 12 Entw. gewährt unter gewissen Voraussetzungen den Angestellten einen Anspruch auf Urlaub).

e) Die Art der Dienstleistung muß die eines Untergegebenen sein. Der Handlungsgehilfe ist dem Prinzipal Gehorsam schuldig. Nur wenn ihm gesetzwidrige oder unsittliche Anweisungen erteilt werden, kann er den Gehorsam verweigern (Horrwitz, S. 49).

f) Ordentliche und pünktliche Dienstleistung durch einseitig angedrohte Ordnungsstrafe zu erzwingen ist der Prinzipal nicht berechtigt. Geschäftsordnungen nach dieser Richtung sind nur dann gültig, wenn der Gehilfe sie rechtsgültig genehmigt hat. (So die Praxis der Gewerbegerichte.)

g) Der Gehilfe kann auf Leistung der Dienste verklagt werden (vergl. Links, 7001). Exekution findet statt gemäß §§ 353 und 354 EO. Nach § 353 ist der Prinzipal auf seinen Antrag zu ermächtigen, sich die Dienste durch einen anderen leisten zu lassen, wenn sie so beschaffen sind, daß solche Leistung durch einen Dritten erfolgen kann. Dies wird, wie wir im Gegensatze zu Düringer und Hachenburg, I., S. 193, annehmen, meist der Fall sein, obwohl das Verhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ein Vertrauensverhältnis ist. Dieser Umstand steht der Eigenschaft der Dienste als solcher, welche auch ein Dritter vornehmen kann, nicht entgegen. Nur selten wird hienach der Fall vorliegen, daß ein Dritter die Dienste überhaupt nicht leisten kann; in diesem Falle ist die Anwendung der Exekutionsmittel des § 354 EO. (Verhängung von Geldstrafen und Haft) möglich. Daneben besteht in Ansehung der gewerblichen Hilfsarbeiter die direkte politische Exekution nach § 85 GewO. In jedem Falle hat der seine Dienste verweigernde Handlungsgehilfe Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (§ 1295 ABGB.), und

Digitized by Google

selbstverständlich muß er sich einen Abzug an der Vergütung gefallen lassen (§ 1052 ABGB.).

§ 7. 3. **über die Ansprüche der Handlungsgehilfen** entscheidet ebenfalls Übereinkommen, eventuell Ortsgebrauch.

a) Es werden hier nur **Gehalt und Unterhalt** genannt, über welche zur Erläuterung nichts zu erwähnen ist, es sei denn die Bemerkung, daß nach der zutreffenden Entscheidung des RDHG. (18, S. 258) die Zusage künftiger Gehaltserhöhung nur bei genügender Bestimmtheit nach Höhe, Zeit oder Bedingung gültig ist, sonst nicht, insbesondere nicht, wenn die Zusage erfolgt ist „für den Fall, daß der Gehilfe sich nach dem Wunsche des Prinzipals eingerichtet haben würde". Für Überstunden ist nach herrschender Ansicht (vergl. Horrwitz, S. 58, Gewerbegericht 142 und 274) keine Vergütung zu leisten. Nicht zu verwechseln mit den Überstunden ist die von gewerblichen Hilfsarbeitern über die in § 96a GewO. festgesetzte Maximalarbeitszeit hinaus geleistete Arbeit, die besonders zu honorieren ist (§ 96a, letzter Absatz GewO.). Für Ruhe- und Urlaubstage ist die Vergütung zu leisten, auch wenn ein wöchentlich oder monatlich zu zahlendes „Taggeld" vereinbart wurde (Gewerbegericht, 1260). Im Zweifel ist die Vergütung im nachhinein zu leisten (§ 1156 ABGB.)[11] Gehaltsvorschuß kann der Angestellte ohne besondere Vereinbarung nicht begehren (Staub[8], I., S. 282). Die Vereinbarung bestimmter Monatsraten, in denen der vorgeschossene Betrag dem Angestellten vom Lohne abzuziehen ist, hindert den Prinzipal nicht, bei Lösung des Dienstverhältnisses den ganzen noch unberichtigten, vorgeschossenen Betrag von dem dem Gehilfen beim Austritte gebührenden Lohn abzuziehen (Gewerbegericht, 1222). Eine Klage auf Entgegennahme der Dienste steht Gehilfen nicht zu (vergl. GlU., 14.333, GlUNF., 2312; RG. bei Gruchot, 47, S. 401). Die Nichtverwendung zu kaufmännischen Diensten kann jedoch für den Handlungsgehilfen, der hiedurch um die Gelegenheit der Ausbildung gebracht wird, einen Grund zum vorzeitigen Austritte abgeben (vergl. Staub[8], Anm. 30 zu § 70). Handlungsgehilfen gelten als Urheber der in Ausübung ihres Dienstes gemachten Erfindungen, jedoch kann der Dienstvertrag etwas anderes bestimmen; nur darf durch eine solche Bestimmung den Gehilfen nicht der angemessene Nutzen seiner Erfindung entzogen werden (§ 5, Abs. 3 und 4 PatG.).

b) Nicht erwähnt wird im HGB. der Anspruch auf ein **Dienstzeugnis** (anders § 73 des HGB.). Dem Handlungsgehilfen steht ein gesetzlicher Anspruch auf ein Dienstzeugnis nur dann zu, wenn er gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter ist (§ 81 GewO.). Nach dieser Gesetzesstelle ist der Prinzipal verpflichtet, dem Hilfsarbeiter bei ordnungsmäßigem Austritte ein Dienstzeugnis über Art und Dauer der Beschäftigung auszustellen und dieses Zeugnis über Verlangen des Hilfsarbeiters auch auf sein sittliches Verhalten und den Wert seiner Leistungen auszudehnen. Der Prinzipal ist verpflichtet, sich über Art und Dauer der Beschäftigung — soweit es das Interesse des Angestellten verlangt — in ausführlicher Weise zu äußern (vergl. GlUNF., 1739)., einem Korrespondenten muß bescheinigt werden, in welchen Sprachen er den Dienst versah (Gewerbegericht, 392). Zu einem bestimmten Urteile über den Wert der Leistungen

[11]) Nach § 11 Entw. hat die Zahlung des Gehaltes spätestens am Schlusse eines jeden Kalendermonates zu erfolgen. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nur wirksam, wenn der Jahresgehalt des Dienstnehmers 3000 K übersteigt.

Digitized by Google

kann der Prinzipal nicht verhalten werden; der Angestellte mag von dem Verwendungszeugnisse, wenn ihm das darin enthaltene Urteil des Prinzipals nicht entsprechend erscheint, keinen Gebrauch machen. Der Prinzipal und nicht das Gericht soll ja die Leistungen des Angestellten qualifizieren (nicht ganz übereinstimmend das angeführte gewerbegerichtliche Erkenntnis). Wegen eines wissentlich falschen Urteiles kann der Prinzipal zwar auf Schadenersatz belangt werden, aber auch nicht zur Ausstellung eines anderen Zeugnisses gezwungen werden. Auch eine Klage auf Feststellung, daß das im Zeugnis niedergelegte Urteil ein unrichtiges sei, ist unzulässig; denn es würde sich hier nicht um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern um die einer Tatsache handeln. Vergl. zu dieser Frage Makower[13] S. 225 und die dort angeführte Judikatur.

Auf Grund eines Handelsgebrauches muß übrigens auch dem nicht zu den gewerblichen Hilfsarbeitern gehörenden Handlungsgehilfen der Anspruch auf ein Zeugnis mit dem in § 81 GewO. normierten Inhalte zuerkannt werden (AdlCl. 2300, Krainz-Ehrenzweig, § 374, N. 10).

Auch § 73 d. HGB. und § 30 gewähren den Angestellten einen solchen Anspruch.

Außer den Angaben über Dauer und Art der Dienstleistung und den vom Angestellten begehrten Angaben über seine Leistungen und sein dienstliches Verhalten kann der Prinzipal nicht beliebige Angaben in das Zeugnis aufnehmen; der Entlassungsgrund kann zwar angegeben werden, aber nur in Form der Mitteilung eines tatsächlichen Vorganges, nicht als Abgabe eines subjektiven Urteiles (vergl. Staub, [8], Anm. 4 zu § 73, Amtl. Slg. 880: Anführung der Unrentabilität der Reisen als Grund der Entlassung eines Reisenden). Der Ausspruch des letzterwähnten Erkenntnisses, daß der Prinzipal dem Angestellten überhaupt für den durch Aufnahme eines ungünstigen Vermerkes in das Zeugnis entstandenen Schaden haftet, ist in dieser allgemeinen Fassung nicht richtig (vergl. oben). Vergl. zur ganzen Frage: F. Adler, Jur. Vrtjschr., 1889, S. 147; Brichta, Das Dienstzeugnis, JBl. 1906, Nr. 10, 11.[12])

c) Statt des festen Gehaltes oder neben demselben hat der Handlungsgehilfe oft einen **Anspruch auf einen Teil des Reingewinnes, Tantième (commis interessé).**[13]) Die Berechnung des Reingewinnes erfolgt nach den Grundsätzen der Gesellschaften[14]) (ROHG., 17, S. 276; Hahn, § 8). Die dienstliche Stellung des Gehilfen wird dadurch nicht alteriert, er bleibt der Untergebene und hat auf die Geschäftsleitung keinerlei Einfluß (ROHG., 1, S. 194), er ist in keiner Beziehung dem Gesellschafter gleichzustellen (ROHG., 17, S. 276; Gewerbegericht, 824). Deshalb darf der Prinzipal auch beliebig viel in das Geschäft einlegen, auch wenn sich dadurch das Gewinnergebnis ändern sollte (Bolze, 10, Nr. 430); er kann andrer- § 8.

---

[12]) Nach § 30 Entw. hat der Prinzipal dem Gehilfen auf Verlangen nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein Zeugnis über Dauer und Art der Leistungen (Dienstzeugnis) und auf Kosten des Gehilfen auch ein Zeugnis über Leistungen und dienstliches Verhalten (Verwendungszeugnis) auszustellen. Ein Dienstzeugnis kann der Angestellte auf seine Kosten auch während der Dauer des Dienstverhältnisses begehren.

[13]) Über den Unterschied des commis interessé vom stillen Teilhaber siehe § 4 zu Art. 250.

[14]) Daraus folgt z. B., daß er, wenn der Prinzipal ein Darlehen gegen Gewinnbeteiligung aufnimmt, sich gefallen lassen muß, daß die dem Darlehensgläubiger zu gewährende Vergütung zunächst vom Reingewinne abgeht, ehe sein Gewinnanteil berechnet wird.

Digitized by Google

seits auch den Betrieb einschränken oder auch einstellen, auch das Geschäft verkaufen. Ja, der commis interessé partizipiert in letzterem Falle nicht einmal am Verkaufsgewinne, weil es kein Betriebsgewinn ist (Bolze, 10, Nr. 428; Kammergericht Berlin, DJZ., 1901, S. 50). Auch die Aufnahme von Darlehen gegen Gewinnbeteiligung muß der commis interessé gegen sich gelten lassen, alle solche Verfügungen trifft der Prinzipal nach seinem Ermessen, bis zur Grenze des dolus (vergl. oben N.[14]).

Indessen muß man dem commis interessé diejenigen Rechte zugestehen, welche erforderlich sind, um seinen Anspruch auf den Gewinnanteil geltend zu machen. Zu diesem Zwecke muß ihm der Prinzipal zwar nicht gehörige Rechnung legen, also insbesondere keine Belege beibringen (in Glll. 13.982 wurde dem Begehren eines mit 10 Prozent Tantième angestellten Geschäftsleiters auf Vorlage der Bilanz und Rechnungslegung seitens des Prinzipals nur deshalb stattgegeben, weil das Gericht kein Dienst-, sondern ein Gesellschaftsverhältnis annahm); jedoch muß der Prinzipal die Jahresbilanz vorlegen (nicht abschriftlich mitteilen) und behufs Prüfung derselben Einsicht der Bücher, Papiere und Inventuren gestatten (ROHG., 17, S. 276; Bolze, 4, Nr. 677; 10, Nr. 226; RG. vom 5. Mai 1894 in JW., S. 317; OLG. Karlsruhe in GZ., 40, S. 452; OLG. Stuttgart und Dresden in GZ., 42, S. 514), jedoch auch nur, soweit die Prüfung es erfordert, nicht etwa schlechthin, etwa zum Zwecke inquisitorischer Durchforschung (RG. vom 5. Mai 1894 in JW., S. 317). (Vergl. besonders Bolze, 10, Nr. 226, wo der Anspruch auf förmliche Rechnungslegung auch dann versagt wird, wenn der Bedienstete am Verluste teilnimmt.) Andrerseits genügt auch die Verweisung auf die Handelsbücher nicht, da dem Kommis nicht anzusinnen ist, die Tantième aus den Büchern selbst zu berechnen, vielmehr kann er verlangen, daß ihm die Bilanz aufgemacht wird (Bolze, 4, Nr. 677). Auf diese Weise ist auch die Materie in § 10 des Entwurfes geregelt. Die Verpflichtung zur Vorlage der Bücher ist keine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche, die auch außerhalb eines über den Provisionsanspruch anhängigen Prozesses im Klagewege geltend gemacht werden. Ist der Prozeß einmal anhängig, so wird durch diese hier gewährte actio ad exhibendum die allgemeine prozessuale Editionspflicht der Handelsbücher (im Original) nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 302ff., ZPO. und Art. 37 HGB. nicht aufgehoben.

Das Recht auf Vorlegung der Bilanz und der Bücher wird durch ein vertragswidriges Verhalten nicht alteriert, nicht verwirkt durch ein solches seitens des Kommis (Unterschlagung, Etablierung eines Konkurrenzgeschäftes [ROHG., 1, S. 194; 17, S. 275]) und nicht zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Entlassung für den Fall, daß diese im Laufe des Jahres vorzeitig erfolgt; vielmehr ist auch in diesem Falle nur die Jahresbilanz vorzulegen, nicht die Bilanz eines Jahresabschnittes, zumal der Gewinn eines Jahresabschnittes durch den Verlust des folgenden absorbiert und geschmälert werden kann (LG., I., Berlin bei Perl und Wreschner, 1890, S. 13). Der Jahresgewinn ist maßgebend, dieser ist dem Kommis bei einem im Laufe des Jahres erfolgten Austritte anteilig zu zahlen (Cosack, S. 90), wenigstens ist dies im Zweifel als Vertragssinn anzunehmen (übereinstimmend Behrend, § 45, Anm. 25; vergl. ROHG., 19, S. 121), auch geht es den Kommis nichts an, wenn sich in späteren Jahren Verluste ergeben (ROHG., 6, S. 25), noch darf ihm

Digitized by Google

wegen des Verlustes aus früheren Jahren der Anteil am Reingewinne eines späteren Jahres geschmälert werden.

d) **Zu unterscheiden** von dem tantièmeberechtigten Handlungsgehilfen ist der **provisionsberechtigte**, das heißt derjenige, dem von den durch ihn zugeführten Geschäften Provision zugesichert ist. Vergl. AdlCl. 1330 und Gewerbegericht Wien 131, 537, wo ein provisionsberechtigter Handlungsreisender und ein gegen Provision angestellter Agent als Handlungsgehilfe bezeichnet wurde. Dieser kann nicht die Vorlegung der Bilanz verlangen, deren Ergebnis ihn nichts angeht, er kann vielmehr nur einen Auszug über die ihn angehenden Geschäfte und zur Prüfung dieses Auszuges die Vorlegung der Bücher verlangen (AdlCl. 2032; nach § 91 d. HGB. hat er nur ein Recht auf Vorlegung eines Buchauszuges). Unzutreffend ist das Erkenntnis des OGH. vom 3. Jän. 1907, ZBl. 1907, Nr. 105, das dem Provisionsagenten einen Anspruch auf eidliche Bekräftigung des Verzeichnisses der provisionspflichtigen Geschäfte durch den Prinzipal gewährt.[15]) Der Anspruch auf Provision darf dem Kommis nicht willkürlich entzogen werden durch veränderte generelle Dispositionen in der Geschäftsführung (vergl. Bolze, 2, Nr. 944). Aber was die einzelnen Ordres betrifft, die der provisionsberechtigte Kommis dem Geschäfte überschreibt, so ist hier überall festzuhalten, daß der Prinzipal Herr des Geschäftes ist und nach seinem vernünftigen Ermessen darüber zu entscheiden hat, welche Ordres auszuführen sind, welche nicht; als genügender Grund für Nichteffektuierung wird man Zweifel in die Kreditwürdigkeit, chikanöses Geschäftsgebaren des Kunden, Differenzen über Mängel der Ware ansehen können. (In diesem Sinne Gewerbeger. 379; vergl. auch Gewerbegericht, 898.) Die Anschauung des ROHG., 14, S. 429, wonach die Provision verdient ist, wenn das Geschäft vermittelt ist, entspricht bei Verkaufsgeschäften nicht den Anschauungen des Handelsstandes, wie sie derartigen Abreden zu Grunde liegen. Fällig ist vielmehr die Provision erst nach Eingang der Beträge und ist nur vom Nettobetrage zu berechnen. Retourwaren, Skonti usw. sind in Abzug zu bringen. Vergl. den Berliner Handelsgebrauch bei Perl und Wreschner, Blätter für Rechtspflege, 1890, S. 14. Gewerbegericht, 760; (vergl. näheres im zweiten Zusatz zu Buch I [Agenten], § 8.)[16]) Anders, wenn es sich um eine Umsatzprovision handelt; diese ist vom Bruttoertrage zu berechnen und ist bei Auflösung des Verhältnisses sofort fällig, sonst wird sie am Schlusse des Geschäftsjahres ausgezahlt (Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft bei Perl und Wreschner, 1892, S. 14). **§ 9.**

e) **Den Charakter der vertragsmäßigen Vergütung tragen auch zugesagte Gratifikationen** (besonders Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen; vergl. Berliner Ältesten bei Dove und Apt, I., S. 25; Gewerbegericht 377, 1033). Nur in seltenen Fällen wird man annehmen können, daß eine solche Zusage in Schenkungsabsicht erfolgt ist, meist soll sie ein Zuschlag zur Vergütung sein, wenn auch zum Zwecke der Anerkennung und Anspornung. Auch wenn sie im Einzelfalle eine Schenkung ist, so greift die Formvorschrift des **§ 10.**

---

[15]) § 8 Entw. gibt dem provisionsberechtigten Gehilfen nur das Recht Mitteilung eines Buchauszuges über die durch seine Tätigkeit zustande gekommene Geschäften zu verlangen.

[16]) § 8, Abs. 2 Entw. unterscheidet im Einklange mit § 88 d. HGB. zwischen Verkaufsgeschäften und anderen Geschäften; bei Verkaufsgeschäften ist der Anspruch auf Provision erst mit der Zahlung und nach Verhältnis des eingegangenen Preises erworben. Bei anderen Geschäften steht den Gehilfen der Provisionsanspruch zu, sobald das Geschäft abgeschlossen ist.

Digitized by Google

Notariatsaktes nicht Platz. Ein Zuschlag zur Vergütung kann sie selbst dann sein, wenn ihre Höhe nicht vereinbart ist, sie ist dann in ortsüblicher oder angemessener Weise zu leisten, wie dies auch § 1152 ABGB. ergibt (Berliner Ältesten bei Horrwitz, S. 54, und Dove und Apt, I., S. 25; Gewerbegericht 1033, a. M. Gewerbegericht 1077). Wiederholte Leistung einer Neujahrsremuneration hat im Zweifel die Wirkung einer stillschweigenden Zusage einer Vergütung (Gewerbegericht 1284, a. M., Gewerbegericht 1174, mit der unzutreffenden Ablehnung des § 863 ABGB. aus dem Grunde des Vorliegens einer Schenkung). Auch ist die Remuneration, wenn sie einmal Zuschlag zur Vergütung sein soll, anteilig zu leisten, wenn der Gehilfe während des Geschäftsjahres austritt (Berliner Ältesten bei Horrwitz, S. 55; dagegen AdlCl. 1038, 2091; Gewerbegericht 275, 1033, 1078), es sei denn, daß der Prinzipal den Gehilfen wegen Pflichtverletzungen entlassen hat; dann immerhin soll doch die Gratifikation eine Belohnung für gute Dienste sein. Übrigens kann dem Handlungsghilfen auch ohne besondere Verabredung ein Anspruch auf Neujahrgeld zustehen, wenn ein diesbezüglicher lokaler Handelsgebrauch besteht (AdlCl. 837, Gewerbegericht, 1222). Werden von den Geschäftsfreunden eines Prinzipals Geldbeträge zur Verteilung an dessen Angestellte als Remuneration eingesendet, so erlangen die Angestellten nach den Entscheidungen des Gewerbegerichtes Nr. 377, 380, 1222 unter den Voraussetzungen des § 1019 ABGB. einen klagbaren Anspruch.

f) **Die Verpflichtung des Prinzipals, Arbeitsräume und Gerätschaften so einzurichten und zu erhalten,** daß die Gesundheit der Angestellten nicht gefährdet wird, ist in § 74 GewO. bezüglich der gewerblichen Hilfsarbeiter gesetzlich ausgesprochen, besteht aber auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung gegenüber allen Angestellten; so auch erläuternde Bemerkungen zu § 13 Entw., der eine dem § 74 GewO. entsprechende Norm aufstellt.

§ 11. **Zusatz 1.** Für alle Ansprüche der Handlungsgehilfen gilt, daß sie nach dem HGB. **durch ein Retentionsrecht nicht gesichert** sind. Der Handlungsgehilfe kann den Art. 313 nicht für sich in Anspruch nehmen (Busch, Archiv, 10, S. 418; ROHG., 16, S. 82; LG. I Berlin in GZ., 42, S. 511). Der Reisende darf daher vom Standpunkte des HGB. den dem Prinzipal gehörenden Koffer nicht vorenthalten wegen Differenzen in der Gehalts- oder Spesenberechnung. Ob das Landesrecht ein Retentionsrecht gewährt, ist selbständig zu prüfen. In Österreich besteht grundsätzlich kein solches (§ 471 ABGB.). Nicht herauszugeben braucht der Reisende ein Notizbuch, in das er ohne Auftrag zur Erleichterung seines Gedächtnisses Notizen über Namen und Adressen der auf seinen Geschäftsreisen besuchten Kunden gemacht hat (AdlCl. 2100).

§ 12. **Zusatz 2. Pfändbarkeit und Abtretbarkeit des Anspruches der Handlungsgehilfen auf Vergütung.**

Bei dauernd angestellten Handlungsgehilfen im Sinne des § 2 des Gesetzes vom 29 Apr. 1873, RGBl .Nr. 68, beziehungsweise § 2 des Gesetzes rom 26. Mai 1888, RGBl. Nr. 75, darf der Lohn nur soweit gepfändet werden, als er die Summe von jährlich 1600 Kronen übersteigt. Bei nicht dauernd angestellten Handlungsgehilfen kann der Lohn nur gepfändet werden, wenn die Arbeit bereits geleistet wurde und der Tag abgelaufen war, an welchem das Entgelt nach Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit zu entrichten ist (§ 3 des angeführten Gesetzes). Auf die Höhe des Lohnes kommt es in diesem Falle überhaupt nicht an (Pick, WZ., XXVIII., S. 55).

Digitized by Google

Wann ein Dienstverhältnis als dauernd anzusehen ist, entscheidet der § 13.
§ 2 des angeführten Gesetzes, wo es heißt: „Als dauernd in diesem Sinne gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe durch Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit mindestens auf ein Jahr bestimmt oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist." Daß die Aufzählung der Merkmale des dauernden Dienstverhältnisses eine taxative ist, ergibt sich aus dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vergl. Pick a. a. O.; Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, S. 22; AdlCl. 2075; R. Pollak, Zivilprozeß, S. 44; Kaserer, Mat., IV., S. 48 und die eingehende Begründung der vorigen Auflage). Der OGH. hat sich jedoch in seinem unter Nr. 148 ins Judikatenbuch eingetragenen Plenissimarbeschlusse (AdlCl. 2144) einer anderen Ansicht (vergl. Fischböck, JBl. 1889, S. 546; AdlCl. 2113, 2128) angeschlossen und die Aufnahme nachstehenden Rechtssatzes in das Judikatenbuch beschlossen: „Die Merkmale eines dauernden Dienstverhältnisses sind in § 2 des Gesetzes vom 29. April 1873, RGBl. Nr. 68, und des Gesetzes vom 26. Mai1888, RGBl. Nr. 75, nicht taxativ aufgezählt; die Beurteilung, ob ein solches Dienstverhältnis vorliegt, hat von Fall zu Fall nach konkreten, wenn auch außer dem Rahmen des § 2 gelegenen Umständen zu erfolgen." An diesem Rechtssatze hält auch die Praxis fest und sieht das Dienstverhältnis der Handlungsgehilfen trotz der in Art. 61 normierten sechswöchentlichen Kündigungsfrist in der Regel als ein dauerndes an. Der Oberste Gerichtshof erklärt in der oben angeführten Entscheidung als in einem dauernden Dienstverhältnisse stehend unter anderem: den in einer größeren industriellen Unternehmung angestellten Buchhalter, den bei einer protokollierten Firma als Strazzist mit einem Jahresgehalte von 1600 Kronen gegen ursprünglich vierzehntägige, später sechswöchentliche Kündigung Angestellten.

Als Entgelt im Sinne des § 1 l. c. ist Lohn, Bestallung, Honorar, Diur- § 14.
num usw. anzusehen. Auch Provision und Tantième sind hinzuzurechnen. Die Provision ist eine Art Stücklohn, der nach § 4 des zitierten Gesetzes unter denselben Voraussetzungen wie der Zeitlohn der Exekution unterworfen ist. Im allgemeinen zustimmend Pick, S. 38, 39, der jedoch die Tantième von der Exekutionsbefreiung ausschließen will, soweit sie nicht Arbeitslohn ist. In den Fällen, die Pick im Auge hat (Steigerung der Serumpreise infolge einer Epidemie, Steigerung der Getreidepreise infolge Schlagwetter oder Börsenspekulation), wird übrigens meist kein reines Dienstverhältnis, sondern ein mit demselben verbundenes Sozietätsverhältnis vorliegen. Auf die Ansprüche, die dem Gehilfen nach vorzeitiger Entlassung zustehen, beziehen sich die erwähnten Exekutionsbefreiungen nur dann, wenn die Ansprüche sich als Erfüllungsansprüche aus dem fortbestehenden Dienstverhältnis darstellen (vergl. § 84 GewO. und Art. 62, § 5); auf den Schadenersatzanspruch des Gehilfen, durch dessen vorzeitige Entlassung das Dienstverhältnis gelöst wird (vergl. § 1155 ABGB. und Art. 62, § 10), sowie auf den Schadenersatzanspruch des Gehilfen, der infolge eines vom Prinzipal verschuldeten Rücktrittsgrundes das Dienstverhältnis vorzeitig gelöst hat, beziehen sich die in Rede stehenden Exekutionsbefreiungen nicht. Pick (a. a. O., S. 37) will die Exekutionsbefreiungen in allen erwähnten Fällen ausschließen, da es sich um keinen Anspruch mehr handelt, der sich als Entgelt für geleistete Arbeit handelt. Dieser auch in der vorigen Auflage gebilligten Ansicht ist aber entgegenzuhalten, daß die rechtliche Fortdauer des Dienstverhältnisses auch gewisse tatsächliche Wirkungen (Beschränkungen des vorzeitig entlassenen Gehilfen in seiner Erwerbstätigkeit) hervorbringen kann, daher die Anwendung des in Rede stehenden Gesetzes oft in gleicher Weise wie ein tatsächlich bestehendes Dienstverhältnis rechtfertigt. Staub,[8] (Anmerkung 47 zu § 59), will die Exekutionsbefreiungen auch auf die Schadenersatz-

Digitized by Google

forderung der vorzeitig entlassenen oder vorzeitig austretenden Gehilfen anwenden, da der Zweck des Schadenersatzes die möglichste Herstellung des früheren Zustandes sei. Dieser Rechtssatz bezieht sich aber doch nur auf das Verhältnis zwischen Beschädiger und Beschädigten.

Mit dem Tode des Gehilfen erlischt die Exekutionsbefreiung; sie bezieht sich nicht auf den der Verlassenschaft zustehenden Anspruch auf Auszahlung des rückständigen Gehaltes (Links, 8064).

§ 15. In gleichem Umfange kann die Forderung auf Entgelt auch nicht abgetreten, zessionsweise angewiesen oder verpfändet werden (§ 5 l. c.).

§ 16. Dagegen ist nach österreichischem Rechte die Aufrechnung gegen eine der Exekution entzogene Forderung auf Entgelt nicht unzulässig; vergl. Kaserer, Mat., IV., S. 73 und 79, wo die Möglichkeit einer Kompensation als Gegengewicht gegen die Exekutionsbefreiung ausdrücklich betont wurde (so auch Krainz-Ehrenzweig, § 348, N. 29; dagegen Schuster, Grundriß des Obligationenrechtes, S. 41). Nur muß die Kompensationsmöglichkeit auf den Fall eingeschränkt werden, daß die Gegenseitigkeit (§ 1438 ABGB.) eine ursprüngliche ist; der Prinzipal darf also dem Gehilfen gegen seinen unpfändbaren Lohnanspruch nicht eine durch Zession erworbene Forderung in Aufrechnung bringen, sonst könnten die Bestimmungen des Gesetzes vom 29. April 1873 mit Leichtigkeit umgangen werden (Krainz-Ehrenzweig a. a. O.).[17])

§ 17. Ein Zurückbehaltungsrecht an dem bedungenen Lohne steht dem Prinzipal nach Handelsrecht überhaupt nicht zu, da Art. 313 sich nicht auf Forderungen bezieht (vergl. § 6 zu Art. 313). Das vom Kompensationsrechte verschiedene Retentionsrecht des § 1153 ABGB. bezieht sich nicht auf den Dienstvertrag, sondern bloß auf den Werkvertrag (vergl. Ofner, II., S. 104).

§ 18. **Zusatz 3. Vor welchem Forum macht der Handlungsgehilfe seine Ansprüche gegen den Prinzipal geltend?** Infolge Ineinandergreifens der Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm und des Gewerbegerichtsgesetzes und die nicht ganz klare Textierung der §§ 5 und 37 des letztgenannten Gesetzes ist die Rechtslage nicht nur eine sehr verwickelte, sondern in vielen Punkten auch eine außerordentlich zweifelhafte.

Zur Lösung der Frage müssen nachstehende gesetzliche Bestimmungen herangezogen werden:

§ 49 JN.: „Vor die Bezirksgerichte gehören: . . . .

Ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes: . . . 3. 6. Streitigkeiten aus Dienst- und Lohnverträgen zwischen Dienstgebern und Dienstboten oder anderen im Dienstverhältnisse stehenden, zu den Hausgenossen der Dienstgeber gehörenden Personen, zwischen Land- und Forstwirten und ihren land- und forstwirtschaftlichen Hilfsarbeitern oder Taglöhnern, dann zwischen Bergwerksbesitzern und allen sonstigen Arbeitgebern und den von ihnen beschäftigten Werkführern, Gehilfen, Arbeitern und Lehrlingen, sowie Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse der Schiffmannschaft, dafern alle diese Streitigkeiten nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen sind."

§ 51 JN.: „Vor die selbständigen Handels- oder Handels- und Seegerichte gehören, falls der Gegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von 500 fl. übersteigt:

2. Streitigkeiten aus den in § 39 EinfG. zum HGB. vom 17. Dezember 1862, RGBl. Nr. 1, bezeichneten Rechtssachen . . . .

---

[17]) Nach § 394 d. BGB. ist in demselben Umfange wie die Exekution auch die Kompensation ausgeschlossen.

Digitized by Google

Wo ein selbständiges Handelsgericht oder Handels- und Seegericht nicht besteht, wird die Gerichtsbarkeit in allen vorbenannten Rechtsstreitigkeiten durch die Handelssenate der Kreis- und Landesgerichte ausgeübt."

§ 39 EinfG. zum HGB.: „Die Handelsgerichtsbarkeit wird ferner ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der streitführenden Teile durch die nachbenannten Handelssachen begründet, auch wenn dieselben nicht aus Handelsgeschäften entstehen: . . . .

2. Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Kaufleute zu ihren Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Handlungsgehilfen und mit anderen in ihrem Gewerbe angestellten — nicht bloß Gesindedienste verrichtenden — Personen; ferner aus dem Rechtsverhältnisse aller dieser Personen zu Dritten, welchen sie sich im Gewerbe des Prinzipals verantwortlich gemacht haben (Art. 55 und 59 HGB.)."

Art. 52 JR.: „An Orten, an welchen ein selbständiges Handelsgericht oder ein Handels- und Seegericht besteht, gehören die Streitigkeiten aus den in § 51, Z. 1 und 2, bezeichneten Geschäften und Rechtsverhältnissen, bei welchen der Streitgegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 500 fl. nicht übersteigt, vor die Bezirksgerichte für Handels- und Seesachen . . . .

In gleichem Umfange sind die besonderen Bezirksgerichte für Handels- und Seesachen, welche etwa an anderen Orten errichtet werden, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Streitsachen zuständig."

§ 5 Gewerbegerichtsgesetz: „Als Arbeiter im Sinne dieses Gesetzes gelten:

a) Werkmeister, Werkführer, Vorarbeiter;

b) alle im gewerblichen Betriebe beschäftigten Hilfsarbeiter, ausschließlich der Taglöhner (Art. V, lit. d des KdMP. zur GewO. vom 20. Dez. 1859);

c) . . .

d) bei Handelsgewerben alle zu kaufmännischen Diensten verwendeten Personen."

§ 87 GewGerG.: „Aus dem Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse entspringende Streitigkeiten zwischen Gewerbeinhabern und ihren Hilfsarbeitern, sowie zwischen Hilfsarbeitern untereinander, für deren Verhandlung bisher die Bestimmungen des § 87 des Gesetzes vom 8. März 1885, RGBl. Nr. 22, maßgebend waren, gehören von dem Tage, an welchem das gegenwärtige Gesetz in Kraft tritt, soweit nicht ein Gewerbegericht dafür zuständig ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie während der Dauer des Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisses oder nach dessen Beendigung angebracht werden, und ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zur sachlichen Zuständigkeit der Bezirksgerichte . . ."

Endlich die mit ah. Entschl. vom 31. Okt. 1856 neu eingeführten HfD. vom 18. April 1828, Z. 2340, vom 21. Nov., JGS. Nr. 1002 (bei Schauer, nach § 1 JR.), nach denen Dienststreitigkeiten zwischen Dienstgebern und Dienstboten, welche aus dem Dienstverhältnisse oder Lohnvertrage hergeleitet werden, während des Bestandes des Dienstverhältnisses oder wenigstens nach Ablauf von 30 Tagen vom Tage, als das Dienstverhältnis aufgehört hat, angebracht werden, vor den politischen Behörden zu verhandeln sind.

§ 19. I. Vorerst soll der Fall behandelt werden, daß für den in Frage kommenden Rechtsstreit ohne Rücksicht auf die Person des Klägers **die Zuständigkeit eines Gewerbegerichtes nicht begründet ist**, sei es, daß an dem betreffenden Orte keines errichtet ist oder daß die sachliche Zuständigkeit desselben nicht auf die Geltung des in Frage kommenden Betriebes ausgedehnt ist (§ 2 GewGerG.) oder daß es sich um eine Unternehmung handelt, auf welche sich die Zuständigkeit der Gewerbegerichte überhaupt nicht erstreckt (§ 1 GewGerG.; vergl. Gewerbegericht 350, 353, 619, 621, 693, 694, 695 u. a. m.). Dagegen wird die Zuständigkeit des Gewerbe-

Digitized by Google

gerichtes nicht dadurch ausgeschlossen, daß das an sich der Zuständigkeit des Gewerbegerichtes unterliegende gewerbliche Unternehmen unbefugt betrieben wird (Gewerbegericht 611, dagegen Gewerbegericht 1048, 1049).

In diesem Falle ist zu unterscheiden zwischen 1. jenen kaufmännischen Angestellten, welche nicht als gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne der Gewerbeordnung anzusehen sind; 2. jenen, welche als gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne der Gewerbeordnung anzusehen sind, aber keine Gesindedienste verrichten; 3. jenen Angestellten, welche Gesindedienste verrichten.

§ 20. 1. Die kaufmännischen Angestellten, welche nicht gewerbliche Hilfsarbeiter sind und auch keine Gesindedienste verrichten, fallen unter § 39, Z. 2 EinfG. zum HGB.,[18]) einerlei, ob sie infolge Leistung kaufmännischer Dienste auch als Handlungsgehilfen im Sinne des Art. 57 anzusehen sind. § 39, Z. 2 nennt ja neben Handlungsgehilfen „die anderen in ihrem Gewerbe angestellten Personen" (vergl. Schreiber, S. 18). Hieher gehören also die Personen, welche höhere kaufmännische Dienste leisten (vergl. § 5 zu Art. 57 und § 2α unter αα), und dann die bei einem Kaufmanne angestellten Personen, die keine kaufmännischen Dienste leisten, aber weil ihre Dienstleistungen höhere sind, gemäß § 73, letzter Abs. nicht als gewerbliche Hilfsarbeiter anzusehen sind; es sind dies die bei § 5 zu Art. 57 in die vierte Klasse der kaufmännischen Angestellten eingereihten Personen. Die Klagen derselben sind vor die Handelsgerichtsbarkeit gewiesen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte, der Prinzipal, Voll- oder Minderkaufmann ist, ob dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist oder nicht; § 51, Z. 2 JN. unterscheidet in dieser Hinsicht nicht (Horten JN., S. 223; Neumann, S. 1173). Die Klage ist, wenn der Streitgegenstand den Wert von 1000 Kronen übersteigt, bei dem Handelsgerichte oder dem Handelssenate des Kreis- oder Landesgerichtes, bei einem 1000 Kronen nicht übersteigenden Werte des Streitgegenstandes vor dem Bezirksgerichte für Handelssachen (vergl. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 266), und nur wenn die örtliche Zuständigkeit eines solchen nicht gegeben ist, vor dem allgemeinen Bezirksgerichte anzubringen; im letzteren Falle kann nach Maßgabe des § 446 ZPO. der Beisatz in das Urteil aufgenommen werden, daß dasselbe in Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit gefällt ist. Dieser durch die JN. in Verbindung mit dem EinfG. zum HGB. geschaffene Rechtszustand ist durch § 37 GewGerG. unberührt geblieben. Denn § 37 GewGerG., der einige von der JN. abweichende Bestimmungen über die Zuständigkeit enthält, bezieht sich, wie insbesondere die Anführung des § 87c GewO. zeigt, nur auf Hilfsarbeiter im Sinne der GewO. (vergl. hierüber die eingehenden Ausführungen bei Siegmund Grünberg, Der Arbeiterbegriff des Gewerbegerichtsgesetzes, GZ., 1901, S. 267).

§ 21. 2. Zu den gewerblichen Hilfsarbeitern, die keine Gesindedienste verrichten, gehören einmal jene Angestellten, die niedere kaufmännische Dienste leisten (vergl. § 2 zu Art. 57 unter α, ββ), dann die Angestellten, die in § 3 zu Art. 57 in die zweite Klasse eingereiht wurden, die keine kaufmännischen Dienste leisten, deren Dienste aber einerseits nicht als Gesindedienste (wie die Dienste eines nicht in die Hausgenossenschaft aufgenommenen Kutschers, Laufburschen usw.) angesehen werden können, andrerseits nicht höherer Art sein dürfen, so daß der Angestellte gemäß § 73, letzter Abs. GewO. nicht

[18]) Soweit die Zuständigkeitsnorm dieser Gesetzesstelle reicht, kommt es auf die Verteilung der Parteirollen nicht an (R. Pollak, Zivilpr., S. 216).

Digitized by Google

mehr unter die gewerblichen Hilfsarbeiter fällt. Auch auf diese Personen bezieht sich § 39, Z. 2 EinfG.; es würde demnach nach der JN. für sie dasselbe gelten, was hinsichtlich der unter 1 genannten Gruppe oben bei § 20 ausgeführt wurde. Es fragt sich nun, inwiefern in Ansehung dieser Personen durch § 37 GewGerG., der bei mangelnder Zuständigkeit eines Gewerbegerichtes die Streitigkeiten der gewerblichen Hilfsarbeiter gegen den Prinzipal ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Bezirksgericht verweist, an dem durch die JN. geschaffenen Rechtszustande eine Änderung eingetreten ist. Unseres Erachtens ist eine Änderung nur in der Richtung eingetreten, daß die Streitigkeiten dieser Personen, die nach der JN. je nach dem Werte des Streitgegenstandes vor dem Bezirksgerichte oder dem Gerichtshofe zu verhandeln waren, nunmehr unbedingt der bezirksgerichtlichen Judikatur zugewiesen werden, nicht aber in der Richtung, daß an Stelle der in §§ 51 und 52 JN. statuierten Handelsgerichtsbarkeit die allgemeine Gerichtsbarkeit gesetzt wurde. Grünberg a. a. O. nimmt zwar, gestützt auf den Wortlaut des allerdings unglücklich stilisierten § 37 GewGerG. das Gegenteil an, aber unseres Erachtens mit Unrecht. § 37 GewGerG. hatte sichtlich bloß die Absicht, hinsichtlich der dortselbst genannten Personen zu bestimmen, daß statt der früheren Judikatur der politischen Behörden nunmehr die der Gerichte in Kraft zu treten habe, und in Ansehung der gegenständlichen Streitigkeiten in erster Instanz nach Muster des § 49, Z. 6 JN. die Kollegialgerichtsbarkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes unbedingt auszuschließen. Zu einer Neuregelung des Verhältnisses zwischen allgemeiner Gerichtsbarkeit und Handelsgerichtsbarkeit lag nicht der geringste sachliche Anlaß vor. Der Wortlaut des § 37 GewGerG. allein kann aber keine genügende Stütze für die von Grünberg vertretene und anscheinend auch in der Praxis gebilligte Ansicht bieten; denn der Ausdruck „Bezirksgericht" deutet im allgemeinen nur auf den Gegensatz zu Gerichtshof hin und umfaßt nach der Terminologie unserer Prozeßgesetze sehr oft in zweifelloser Weise sowohl das allgemeine Bezirksgericht, als das Bezirksgericht für Handels- und Seesachen (vergl. z. B. §§ 24, 25GOG. u. a. m.). Für Klagen aus dem Verhältnisse der kaufmännischen Angestellten, die als gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne der GewO. anzusehen sind, gegen den Prinzipal ist demnach ohne Rücksicht, ob dessen Firma im Register eingetragen ist oder nicht, und ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes — sofern die Zuständigkeit eines Gewerbegerichtes nicht begründet ist — das Bezirksgericht für Handelssachen und nur in Ermanglung eines solchen das allgemeine Bezirksgericht zuständig; in letzterem Falle findet § 446 ZPO. Anwendung.

3. Unter den Personen, die Gesindedienste verrichten, ist zu unter- **§ 22.**
scheiden zwischen denen, die sich nicht in der Hausgenossenschaft und Verpflegung des Prinzipals befinden, und solchen, bei denen dies der Fall ist.

a) Erstere sind als gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne des § 73 l. c. GewO. anzusehen; sie fallen in die zweite Klasse der Handelsangestellten (vergl. § 3 zu Art. 57). Sie gehören nicht zum Gesinde, da für diesen Begriff die Aufnahme in die Hausgenossenschaft ein wesentliches Erfordernis bildet (vergl. § 4 zu Art. 57). Personen, die Gesindedienste verrichten, sind in § 39, Z. 2 EinfG. zum HGB. ausdrücklich ausgenommen; auf sie bezieht sich daher die Kompetenzbestimmung des § 51, Z. 2 JN. nicht; wohl aber findet auf sie die Kompetenzbestimmung des § 51, Z. 1 JN. An-

Digitized by Google

wendung, wenn die Firma des Prinzipals ins Handelsregister eingetragen ist, denn die Klage gründet sich auf den Engagementvertrag und dieser ist ein Handelsgeschäft (vergl. § 3 zur Art. 57, N. 1). Ist daher die Firma des Prinzipals nicht ins Handelsregister eingetragen, so sind Klagen dieser Personen aus dem Dienstverhältnisse ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes gemäß § 49, Z. 6 JN. vor dem allgemeinen Bezirksgerichte anzubringen. Ist die Firma des Prinzipals ins Handelsregister eingetragen, so findet gemäß § 51, Z. 1 JN. die Handelsgerichtsbarkeit statt; § 37 GewGG. hat auch hier nur die Änderung geschaffen, daß auch die Handelsgerichtsbarkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes in erster Instanz stets Einzelgerichtsbarkeit ist (vergl. oben § 21).

§ 23. b) Ist der zur Verrichtung von Gesindediensten Angestellte in die Hausgenossenschaft und Verpflegung des Prinzipals aufgenommen (vergl. § 4 zu Art. 57), ist er als **Dienstbote** anzusehen, so tritt für Streitigkeiten, die während des Dienstverhältnisses oder innerhalb 30 Tagen nach Auflösung desselben angebracht werden, die Judikatur der politischen Behörden nach Maßgabe der eingangs angeführten Hofdekrete ein (vergl. Gewerbegericht 128; Schauer, ZPO., S. 42).

§ 24. II. **Soweit die Zuständigkeit eines Gewerbegerichtes reicht, ist die der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen** (§ 3, Abs. 2 GewGG.). Welche Handlungsangestellten sind nun subjektiv der Gewerbegerichtsbarkeit unterworfen? Welche sind als Arbeiter im Sinne des Gewgerichtsgesetzes nach § 5 dieses Gesetzes anzusehen?[19])

§ 25. 1. **Die Handlungsgehilfen im Sinne des HGB.**, also diejenigen, die kaufmännische Dienste verrichten, sind an die Zuständigkeit der Gewerbegerichte gewiesen, wenn sie in einem Handelsgewerbe im engeren Sinne, im Unterschiede zum Produktionsgewerbe angestellt sind; denn unter Handelsgewerbe im Sinne des § 5, lit. d GewGG. ist nur das Handelsgewerbe im Sinne des § 1, Abs. 5 GewO. verstanden, bei dem der Handel das alleinige Geschäft bildet und die Gewerbeanmeldung und der Gewerbeschein auf den Betrieb des Handels lauten (vergl. Einleitung zu Art. 4). So auch OGH., 29. Juli 1902, ZBl. 1902, Nr. 438, 9. April 1907, ZBl. 1907, Nr. 169 (abweichend OGH., 9. Jänner 1906, ZBl. 1907, Nr. 62). Diese Ansicht gelangt auch in Praxis der Gewerbegerichte ständig zum Ausdrucke (vergl. Gewerbegericht 42, 327, 328, 329, 330, 351, 1005, 1050) und wird auch von Grünberg, (S. 226) vertreten und mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes begründet. Handelt es sich aber um ein Handelsgewerbe in dem angegebenen Sinne, so ist es gleichgültig, ob der Handlungsgehilfe kaufmännische Dienste niederer oder höherer Art leistet, ob er daher gleichzeitig als gewerblicher Hilfsarbeiter im Sinne des § 73 GewO. anzusehen ist oder nicht, da § 5, lit. d GewGG. in dieser Richtung nicht unterscheidet (Handelsgericht Wien vom 14. Juni 1901 in JBl. 1901, Nr. 29; Grünberg a. a. O.; R. Pollak, Zivilprozeß, S. 256).

---

[19]) Wo die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes begründet ist, bezieht sie sich nicht nur auf Klagen des Gehilfen gegen den Prinzipal sondern auch auf Klagen des Prinzipals gegen den Gehilfen aus dem Arbeitsverhältnisse (vergl. GlUNF. 871). Notwendig ist aber, daß der Kläger zu den nach dem Gewerbegesetze der Gewerbegerichtsbarkeit unterworfenen Personen gehört. Daher ist die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes nicht für die Klage aus einer zedierten oder überwiesenen Lohnforderung begründet (OGH. v. 4. Juni 1904, GH., 1904, Nr. 49, 50, Gewerbegericht 352, 1231).

Digitized by Google

Zweifelhaft ist die Zuständigkeitsfrage hinsichtlich jener Handlungsgehilfen im Sinne des HGB., also Angestellten, die kaufmännische Dienste verrichten, die zwar in einem Handelsgewerbe im Sinne des HGB., aber nicht in einem Handelsgewerbe im Sinne des § 1, Abs. 5 GewO. angestellt sind, also hinsichtlich der in einem die Kaufmannsqualität begründenden Produktionsgewerbe zur Verrichtung kaufmännischer Dienste Angestellten. Nachdem auf dieselben § 5, lit. d GewGG. nicht Anwendung findet, ist zu untersuchen, ob und inwieweit sich § 5, lit. b auf sie bezieht. Sicher ist, daß § 5, lit. b unter „Hilfsarbeitern" bloß die Hilfsarbeiter im Sinne des § 73 GewO. versteht (Grünberg a. a. O.), danach jene Handlungsgehilfen, die infolge Leistung höherer kaufmännischer Dienste aus dem Kreise der Hilfsarbeiter ausscheiden, nicht mit umfaßt. Es wird jedoch auch bestritten, daß § 5, lit. b sich auf jene Handlungsgehilfen bezieht, die niedere kaufmännische Dienste leisten, daher gleichzeitig als gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne des § 73 GewO. anzusehen sind (Grünberg a. a. O.; Gewerbegericht Wien, Amtl. Slg., 42 und 330 u. a. m., wohl auch 1005; OLG. Wien, JWl. 1904, S. 198). Diese Ansicht wird einmal durch die Worte des § 5, lit. b „im gewerblichen Betriebe" gestützt; es wird in diesen Worten ein Hinweis erblickt, daß nur die zu gewerblicher Beschäftigung, nicht aber die zu kaufmännischer Beschäftigung verwendeten Personen unter diese Gesetzesstelle fallen. Es wird aber dabei übersehen, daß das Gesetz nicht von gewerblicher Beschäftigung, Verwendung oder Tätigkeit, sondern vom gewerblichen Betriebe spricht; es liegt aber gar nicht im Sprachgebrauche unserer Gesetze, innerhalb einer Unternehmung, zu deren Betriebe gewerbliche und kaufmännische Tätigkeiten notwendig sind, zwischen einem gewerblichen und kaufmännischen Betriebe zu unterscheiden. Die Worte „im gewerblichen Betriebe" haben in § 5, lit. b gewiß keinen anderen Zweck als den, die zu Privatzwecken des Prinzipals angestellten Personen auszuscheiden. Dies hervorzuheben mochte deshalb notwendig erscheinen, weil unter § 5, lit. b auch die zu ganz untergeordneten Dienstleistungen verwendeten Personen, wie Kutscher, Laufburschen usw., fallen, deren Tätigkeit es an sich oft nicht erkennen läßt, ob sie zu häuslichen oder gewerblichen Zwecken verrichtet wird (zustimmend Schauer, JWl. 1904, Nr. 18). Aus dem gleichen Grunde mochte auch in § 73, lit. d GewO. bei den dort genannten Personen „die Verwendung im Gewerbe" hervorgehoben worden sein. Aus den (bei Schauer, GeschO. bei § 5 GewGG.) veröffentlichten Motiven läßt sich für die hier bekämpfte Ansicht kein Argument gewinnen, es geht aus denselben viel eher hervor, daß man die Auslegung des § 5, lit. b in unserem Sinne für die richtige hielt und die Bestimmung der lit. d nur deshalb hinzufügte, um in dieser Richtung Zweifel abzuschneiden.[20])

Von der ersten Klasse der Handelsangestellten, den Handlungsgehilfen im Sinne des HGB., sind daher als Arbeiter im Sinne des GewGG. an-

[20]) Man kann auch nicht sagen, daß durch Neueinfügung der lit. d in § 5 GewGG. lit. b einen anderen Sinn erhalten hat, als sie vielleicht ursprünglich hatte, da lit. d etwas Selbstverständliches bestimmen würde, wenn lit. b auch auf die zur kaufmännischen Tätigkeit verwendeten Personen zu beziehen wäre. § 5, lit. b bezieht sich aber auch nach unserer Auslegung nur auf solche zu kaufmännischen Diensten verwendete Angestellte, die infolge der niederen Art der von ihnen geleisteten Dienste als gewerbliche Hilfsarbeiter im Sinne der GewO. anzusehen sind, während § 5, lit. d bei Handelsgewerben im Sinne des § 1, Abs. 5 GewO. auch die höhere kaufmännische Dienste leistenden Handelsangestellten als Arbeiter im Sinne des GewGG. erklärt.

Digitized by Google

zusehen alle diejenigen, welche kaufmännische Dienste niederer Ordnung leisten, daher gleichzeitig Hilfsarbeiter im Sinne der GewO. sind (vergl. § 2 zu Art. 57 unter ββ), von denen, die kaufmännische Dienste höherer Ordnung leisten, daher aus dem Kreise der gewerblichen Hilfsarbeiter im Sinne der GewO. ausscheiden, nur diejenigen, die in einem Handelsgewerbe im Sinne des § 1, Abs. 5 GewO. angestellt sind.

§ 26. 2. **Die zweite Klasse der Handlungsangestellten, die gewerblichen Hilfsarbeiter im Sinne der GewO.**, die keine kaufmännischen, sondern gewerbliche Dienste verrichten (vergl. § 3 zu Art. 57), sind durchwegs Arbeiter im Sinne des GewGG. (§ 5, lit. b). Vergl. Handelsgericht Wien vom 3. Mai 1900 in JBl. 1901, Nr. 23.

§ 27. 3. **Auf das Gesinde** erstreckt sich die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes überhaupt nicht. Hierunter sind aber nur die Personen zu verstehen, die infolge Aufnahme in die Hausgenossenschaft als Dienstboten anzusehen sind (vergl. § 4 zu Art. 57). Bloß Gesindedienste verrichtende Personen, die aber nicht in der Hausgenossenschaft des Prinzipals leben, fallen unter § 5, lit. b GewGG., der sogar die Taglöhner mit einschließt.

§ 28. 4. **Alle anderen Gehilfen des Kaufmannes**, die in § 5 zu Art. 57 in die vierte Klasse der Handlungsangestellten eingereihten Personen, sind nur dann Arbeiter im Sinne des GewGG., wenn sie unter § 5, lit. a fallen, also Werkmeister, Werkführer, Vorarbeiter sind (Grünberg a. a. O., S. 266).

§ 29. Hinsichtlich der **Eisenbahnbediensteten** gilt nichts Abweichendes. Sind dieselben bei Privatbahnen angestellt, so unterstehen sie zwar nach der Eisenbahnbetriebsordnung vom Jahre 1851 der Disziplinargerichtsbarkeit der Eisenbahnbehörden; die Erkenntnisse derselben unterliegen jedoch, soweit es sich bei ausgesprochener Pensionierung oder Entlassung um vermögensrechtliche Folgen handelt, der Überprüfung der ordentlichen Gerichte (Entsch. unseres Reichsgerichtes bei Hye, 862), jedoch unterliegen dieser Überprüfung nicht diejenigen Erkenntnisse, die von den Disziplinarkammern der k. k. Staatsbahndirektionen gefällt wurden (GlUNF. 2453). Auch die Angestellten der Staatsbahnen sind mittels privatrechtlichen Dienstvertrages angestellt (vergl. § 1 zu Art. 57 unter b). Die vermögensrechtlichen Ansprüche derselben gegen den Staat aus dem Dienstverhältnisse sind daher nicht vor den Verwaltungsbehörden, beziehungsweise vor dem Reichsgerichte, sondern vor den Gerichten geltend zu machen (VGH. in GH., 1899, Nr. 32; österr. RG. im ZBl., 1904, Nr. 211 [II]). In Ansehung von Eisenbahnbediensteten niederer Kategorie hat dies auch der OGH. ausgesprochen (GlUNF., 710, 2264). Für die Bestimmung des zuständigen Gerichtes, vor dem Eisenbahnangestellte ihre Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse geltend zu machen haben, sind daher die oben angeführten Gesichtspunkte maßgebend. Hiebei ist nur zu betonen, daß auf Eisenbahnangestellte nicht die für gewerbliche Hilfsarbeiter geltenden Bestimmungen der GewO. Anwendung finden, da die GewO. gemäß Art. V, lit. l KdMP. auf Eisenbahnunternehmungen überhaupt keine Anwendung findet, daß aber die Zuständigkeit des Gewerbegerichtes gemäß § 1, Z. 2 GewGG. auch auf Eisenbahnunternehmungen ausgedehnt werden kann; hiedurch kann der Eisenbahnbedienstete nach Maßgabe des § 5 GewGG. „Arbeiter" im Sinne dieses Gesetzes werden. Soweit Angestellte der Eisenbahnen von der Zuständigkeit des Gewerbegerichtes ausgeschlossen sind, gilt diese Ausschließung auch für Angestellte städtischer Straßenbahnen (Gewerbegericht, 1051).

Digitized by Google

Artikel 58.

Ein Handlungsgehilfe ist nicht ermächtiget, Rechtsgeschäfte, im Namen und für Rechnung des Prinzipals vorzunehmen.

Wird er jedoch von dem Prinzipal zu Rechtsgeschäften in dessen Handelsgewerbe beauftragt, so finden die Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte Anwendung.

Wegen der Erläuterung dieses Artikels ist zu verweisen auf die Art. 47 und 52 und das dort Gesagte. Auch über die Haftung des Prinzipals für das Versehen der Handlungsgehilfen gibt die Erläuterung zu Art. 52 Auskunft. Der Inhalt dieses, ins DHGB. nicht aufgenommenen Artikels wird ganz überflüssigerweise im § 5 des Entw. wiedergegeben.

Artikel 59.

Ein Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

In dieser Beziehung kommen die für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten geltenden Bestimmungen (Art. 56) zur Anwendung.

Wegen des hier vorgesehenen **Verbotes eigener Handelsgeschäfte** gilt die Erläuterung zu Art. 56. (Der Entwurf schränkt im § 6 bei Handlungsgehilfen das Verbot der Eigengeschäfte auf Handelsgeschäfte im Geschäftszweige des Prinzipals ein.) § 1.

Hinzuzufügen ist:

1. **Das Verbot endet mit der Aufhebung des Dienstverhältnisses**, wie das in Art. 56 aufgestellte mit der Endigung der Vollmacht (vergl. § 1 daselbst). Nach Dernburg (Preußisches Privatrecht, 2, § 193, Anm. 7) soll das tatsächliche Bestehen des Dienstverhältnisses als Voraussetzung der Gesetzesbestimmung anzusehen sein, eine Ansicht, die jedoch bedenklich ist, weil eben nicht das tatsächliche, sondern das rechtliche Bestehen des Dienstverhältnisses das entscheidende Moment ist. § 2.
2. **Das Verbot kann vertragsmäßig auch über das Dienstverhältnis hinaus stipuliert werden.**[21]) **Diese sogenannten Konkurrenzverbote** spielen im Handelsverkehre eine große Rolle und sind besonders für das österreichische Recht, das keinen gesetzlichen Schutz gegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses derzeit gewährt, notwendig. Ihre Gültigkeit läßt sich nach bestehendem Rechte nur unter Berufung auf § 878 ABGB. verneinen, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen.[22])

[21]) Die Gültigkeit einer derartigen von einem Minderjährigen ohne vormundschaftsbehördliche Genehmigung eingegangenen Vertragsstipulation läßt sich nicht mit den Bestimmungen der §§ 151, 246 ABGB. begründen (AdlCl. 1937 und 2007). Nach DHGB. kann sich — noch freilich bestrittene Ansicht — der minderjährige Handlungsgehilfe auch nicht unter Zuziehung der gesetzlichen Vertreter zur Konkurrenzenthaltung verpflichten (vergl. außer den Kommentaren Rinzler, Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit; ArchBürgR. 27, S. 224, weitere Literatur bei Randa I., S. 204, Nr. 93).

[22]) Nach § 28 Entw. ist jede Vereinbarung einer Konkurrenzklausel für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses unwirksam, wenn das Entgelt des Dienstnehmers zur Zeit der Vereinbarung den Jahresbetrag von 3000 K nicht übersteigt oder der Dienstnehmer in diesem Zeitpunkte noch nicht eigenberechtigt ist.

Digitized by Google

a) Über ihre Gültigkeit gilt der Grundsatz, daß durch solche Konkurrenzverbote die persönliche Freiheit und Erwerbsfähigkeit des einzelnen nicht übermäßig beschränkt und nur ein begründetes Interesse geschützt werden kann (AdlCl. 2018, 2333, 2364; Amtl. Slg. 538; OGH., 10. Mai 1905, ZBl. 1905, Nr. 406; Gewerbegericht 904, 1173; RG., 31, S. 99; Bolze, 11, Nr. 353; 16, Nr. 387), daher erlischt auch mit dem Wegfall dieses Interesses, z. B. mit dem Aufhören des Geschäftsbetriebes, zu dessen Gunsten das Konkurrenzverbot stipuliert wurde, letzteres (Popper, Jur. Vrtjschr., XI., S. 151). Dieser Grundsatz ist sicherlich verletzt, wenn das Verbot geeignet ist, die Erwerbsfreiheit des einzelnen für immer, sei es im ganzen, sei es in einzelnen Richtungen, zu vernichten, und dies bildet die absolute Grenze der Zulässigkeit (RG., 31, S. 99). Durch das Verbot des Handelns in einer bestimmten Branche, ohne Beschränkung auf Zeit und Ort, ist daher stets die Grenze überschritten, denn es steht dem Handlungsgehilfen ein unentziehbares Recht zu, seinen Lebensberuf nach Art und Branche selbst zu bestimmen, und kein Gewerbebetrieb darf ihm überall und dauernd verschlossen werden (RG., 31, S. 99; vergl. ROHG., 18, S. 101; RG., 1, S. 23). (Von anderen Anschauungen geht aus RG., 2, S. 119, wo es sich jedoch um den Schutz eines Geheimnisses gehandelt hat.) Die notwendigen Beschränkungen nach Zeit, Ort und Gegenstand können sich gegenseitig ergänzen; eine ganz enge Begrenzung des Gegenstandes kann sogar die Begrenzung nach Zeit und Ort ersetzen (RG., 53, S. 157). Auch auf die Fähigkeit des Gehilfen zu anderer, nicht von dem Konkurrenzverbote getroffener Beschäftigung ist Bedacht zu nehmen (RG., 53, S. 157; Gewerbegericht, 904), ebenso auf die Frage, ob das betreffende Gewerbe überhaupt an einem anderen, als dem verbotenen Orte ausgeübt werden kann (Gewerbegericht 340).

§ 3. b) Fälle der Unzulässigkeit sind entschieden bei: AdlCl. 2007, Vereinbarung, während fünf Jahren in Böhmen in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten; AdlCl. 2018, 2364, Amtl. Slg. 538, wo der Angestellte ohne Gegenleistung, insbesondere ohne Sicherheit für eine dauernde Stellung, sich verpflichtete, fünf Jahre nach Beendigung des Dienstverhältnisses, an einem bestimmten Orte kein Konkurrenzgeschäft zu gründen und in keines als Gesellschafter oder Gehilfe einzutreten; AdlCl. 2333, wo vereinbart wurde, daß der Gehilfe durch zwei Jahre hindurch im Pfarrsprengel des Klägers (eines Konfektionärs) nicht als Konkurrent auftreten und auch das Schneidergewerbe nicht ausüben dürfe; OGH., 10. Mai 1905, ZBl. 1905, Nr. 406, wo sich der Gehilfe in einem Manufakturwarengeschäfte in Klagenfurt verpflichtete, ein Jahr lang nach seinem Austritte keinen anderen Posten in einem Manufakturwarengeschäft in Klagenfurt anzunehmen. Als gültig wurde dagegen eine Vereinbarung des erwähnten Inhaltes — nur der Ort, auf den die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung beschränkt wurde, war ein kleinerer — erklärt bei Gewerbegericht 1173. Die Vereinbarung der Konkurrenzenthaltung bezüglich bestimmter Artikel, beschränkt durch Zeit und Ort, getroffen von einem allgemein kaufmännisch ausgebildetn Angestellten, wurde vom LG. Wien (Gewerbegericht 904) für gültig erklärt. Dagegen wurde in GlU. 3904, wo allerdings gemäß § 37 ABGB. der Entscheidung sächsisches Recht zu Grunde gelegt wurde, ein Konkurrenzverbot für gültig erklärt, nach dem der Gehilfe sich verpflichtete, niemals ein Glaswarengeschäft zu errichten oder bei einem solchen in Dienst zu treten. Aus der deutschen

Digitized by Google

Judikatur vergl. RÖHG., 21, S. 262; Bolze, 4, Nr. 571; Bolze, 13, Nr. 398; RG., 31, S. 99.

c) Überschreitet die Stipulation die Grenze der Zulässigkeit, so ist sie ganz und gar ungültig, weil das Gewollte eben unzulässig, das in den zulässigen Grenzen sich Bewegende nicht vereinbart ist. An sich steht dem Richter, abgesehen von der Bestimmung des § 1336 ABGB., nur die Auslegung und rechtliche Beurteilung des Vertrages, nicht seine Abänderung in einen zulässigen Vertrag zu (RG., 31, S. 100; vergl. auch Bolze, 4, Nr. 671). Doch finden sich in der Praxis Anklänge an ein solches Ermäßigungsrecht. Vergl. Bolze, 6, Nr. 525, wo das Verbot, in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, dahin ausgelegt wurde, daß dies nur für einen angemessenen Zeitraum gelten soll; ebenso Bolze, 7, Nr. 531, wo das Rechtsverhältnis mit einer Beschränkung „festgestellt" wurde. Diese Praxis sanktioniert § 74 DHGB. („. . . . ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich . . ."). [23] § 4.

d) Was die Auslegung solcher Konkurrenzverbote betrifft, so wird gerade bei Stipulationen dieser Art der Wille der Parteien sorgfältig zu erforschen sein. Wenn sie auch strikt auszulegen sind, eher einschränkend als ausdehnend (Bolze, 8, Nr. 462; 11, Nr. 353; 16, Nr. 324), so ist doch auch bei ihnen am buchstäblichen Sinne der Worte nicht zu haften (Bolze, 5, Nr. 603; OLG. Karlsruhe in GZ., 43, S. 342; vergl. § 4 zu Art. 278). Denn gerade auf diesem Gebiete werden häufig Manöver zur Umgehung der übernommenen lästigen Verpflichtung versucht. Aber andrerseits ist über das dem Wortsinne nach Verbotene nicht hinauszugehen, und es darf das Verbot nicht auf Fälle ausgedehnt werden, welche, wenn die Parteien daran gedächt hätten, gleichfalls in das Verbot hineinbezogen worden wären (RG., 26, S. 163; vergl. Bolze, 8, Nr. 463). § 5.

Lehrreich sind in dieser Beziehung folgende Rechtsfälle: Der Ausdruck „auf dem hiesigen Platze" wurde auf das damals nicht zu Wien gehörige Breitensee bezogen (AdlCl. 1872). Etwas zu wörtlich wird die Einschränkung der Konkurrenz auf einen bestimmten Ort bei AdlCl. 2028 aufgefaßt. Ein für Berlin stipuliertes Verbot gilt für das ganze Stadtgebiet und die voneinander entferntesten Gegenden desselben (Bolze, 4, 669), unter Umständen sogar für Straßen, die nicht zur politischen Gemeinde Berlin gehören, wenn sie zu demselben Handelsplatz gehören (vergl. über diesen Begriff § 11 zu Art. 347): das Konkurrenzverbot war ausgesprochen für das Potsdamer Viertel, eine Etablierung in einer zum Potsdamer Viertel gehörenden, aber zur politischen Gemeinde Schöneberg gehörenden eng anstoßenden Straße wurde vom Landgericht I Berlin als Verletzung des Verbotes erachtet; vergl. jedoch Bolze, 8, Nr. 462, wo in einem ähnlichen Hamburger Falle gesagt ist, daß die Auslegung immer auf das geringste Maß einzuschränken sei. Als keine Verletzung des Verbotes wurde es erachtet, daß derjenige, der ein solches Geschäft am Orte nicht betreiben durfte, sein außerhalb etabliertes § 6.

[23]) Nach § 28, Abs. 2 Entw. ist die Vereinbarnng einer Konkurrenzklausel nur insoweit wirksam als: „1. sich die Beschränkung auf die Tätigkeit in dem Geschäftszweige des Prinzipals bezieht und den Zeitraum eines Jahres nicht übersteigt; 2. die Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit und Ort und im Verhältnisse zu dem geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Erhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Dienstnehmers enthält".

Digitized by Google

Geschäft durch Reisende, Zusendung von Preislisten usw. an jenem Orte anempfahl (Bolze, 8, Nr. 459) oder an die Kunden dieses Ortes lieferte, (ebd. Nr. 463; vergl. auch AdlCl. 2028); denn, so sagt das RG. (Bolze, 9, Nr. 245) zur Begründung dieser Ansicht, ein Kaufmann betreibe sein Geschäft dort, wo er seine Handelsniederlassung habe. Als Verletzung wurde es erachtet, daß derjenige, dem der Eintritt in ein gleichartiges Geschäft untersagt war, selbst ein solches etablierte (Bolze, 5, Nr. 603; OLG. Karlsruhe in GZ., 43, S. 342). Bei der Frage, ob ein gleichartiges Geschäft vorliegt, ist nach AdlCl. 2007 nicht bloß auf den Gegenstand, sondern auch auf Umfang und Einrichtung des Betriebes Bedacht zu nehmen. Eine Übertretung des Verbotes, „sich an einem gleichartigen Unternehmen in welcher Weise immer zu beteiligen", hat der OGH. (ZBl., 1901, Nr. 279) darin erblickt, daß der zur Konkurrenzenthaltung Verpflichtete Wechsel, die seine Frau im Betriebe eines gleichartigen Unternehmens ausstellte, als Akzeptant mitunterzeichnete. Wem untersagt ist, ein Konkurrenzgeschäft zu „betreiben", darf nicht ein solches auf seinen Namen oder für seine Rechnung betreiben oder betreiben lassen, jeder Dienstvertrag für ein solches ist ihm damit nicht untersagt; das Wort „betreiben" ist im Zweifel im Sinne des Art. 4, nicht der Art. 41, 42, 47 zu verstehen, weil dies den Kommis weniger belastet. Als Konkurrenzgeschäft wurde jedes Geschäft gleicher Branche erachtet, auch wenn sich beide Geschäfte nicht gerade Konkurrenz gemacht haben (Bolze, 5, Nr. 598; 10, Nr. 434). Hatte aber das Geschäft ursprünglich eine Branche anderer Art und wurde erst nach dem Eintritte ein Konkurrenzgeschäft, so greift — falls nicht ein dolus vorliegt — das Konkurrenzverbot nicht Platz (Bolze, 9, Nr. 361). Das Konkurrenzverbot kann vom Prinzipal nicht mehr geltend gemacht werden, nachdem er sein Geschäft in eine Aktiengesellschaft inferiert hat (Bolze, 13, Nr. 396), wohl aber hätte die Aktiengesellschaft in diesem Falle das Konkurrenzverbot geltend machen können und ebenso verliert das Konkurrenzverbot dadurch seine Kraft nicht, daß der Prinzipal einen Socius in sein Geschäft aufnimmt. Weitere Auslegungsfälle siehe bei § 8.

§ 7. e) Das Verbot gilt nach unserer Ansicht für alle Fälle der Vertragsauflösung, auch wenn sie durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals herbeigeführt ist, mindestens aber für alle Fälle der Auflösnug durch Kündigung oder vertragsmäßigen Ablauf. Die Praxis bezieht jedoch solche Stipulationen in der Regel und im Zweifel nur auf den Fall, daß der Handlungsgehilfe die Stellung freiwillig und ohne an ihn erfolgte Kündigung aufgibt oder seinerseits kündigt oder dem Prinzipal gerechten Anlaß zur Kündigung gibt, nicht aber auf den Fall, daß der Dienstherr ohne gerechten Anlaß kündigt oder ohne rechtlichen Grund einseitig zurücktritt oder dem Handlungsgehilfen gerechten Anlaß zum Austritte gibt (ebenso Bolze, 1, Nr. 782; 5, Nr. 598, 599, 600; 16, Nr. 389; OLG. Kassel und OLG. Hamburg in GZ., 42, S. 515; RG., 53, S. 157; RG., 20, S. 107; Amtl. Slg., S. 538). Durch Vertrag kann aber das Gegenteil stipuliert werden. Nur darf kein dolus bei den vertraglichen Fixierungen unterlaufen. Auch nähert sich Bolze, 13, Nr. 399, dem von uns vertretenen Standpunkte; vergl. OLG. Dresden im Sächsischen Archiv, 4, S. 622.[24])

[24]) Nach § 29 Entw. kann der Prinzipal die Rechte aus einem Konkurrenzverbote nicht geltend machen, wenn er durch schuldhaftes Verhalten dem Gehilfen Anlaß zum

Digitized by Google

f) Die Folge der Verletzung des Konkurrenzverbotes ist der Anspruch auf Schadenersatz, der gewöhnlich durch Konventionalstrafe fixiert wird, und der Anspruch auf fernere Unterlassung, eventuell Schließung des Konkurrenzgeschäftes (ROHG., 16, S. 160; 19, S. 136). Die grundsätzliche Zulässigkeit die Konkurrenzenthaltung und Strafe nebeneinander zu beanspruchen, ist vom RG. (53, S. 157) ausgesprochen. Auch einstweilige Verfügungen sind zulässig, und zwar sowohl vor, als nach der Verletzung (Bolze, 15, Nr. 709). Im Falle der Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist im Zweifel der Schuldner nicht berechtigt, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien, das folgt aus Art. 284, Abs. 2 (ein Beispiel in Bolze, 17, Nr. 422). Der Vertragswille aber ist in erster Linie entscheidend und dieser wird sehr oft und wohl regelmäßig im Sinne einer Wandelpön zu deuten sein. (Zust. RG., 33, S. 141; ebenso Bolze, 19, Nr. 494; vergl. auch Bolze, 16, Nr. 385).[25]) Dabei ist nicht der Abschluß jedes einzelnen unter das Verbot fallenden Handelsgeschäftes als ein besonderer Kontraventionsfall zu betrachten, vielmehr ist der Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes oder der Eintritt in ein solches nur „Ein Kontraventionsfall" und die Konventionalstrafe daher nur einmal verwirkt (Bolze, 5, Nr. 603). Das gilt z. B. bei periodischen Zeitschriften. Nicht jede Nummer ist ein Kontraventionsfall, sondern der betreffende Zeitungsbetrieb überhaupt. Das Verbot von Konkurrenz-Handelsgeschäften involviert auch das Verbot einzelner Handelsgeschäfte der betreffenden Art; doch müssen dieselben zum Abschlusse gekommen sein; ist es nur zur Versendung von Preislisten gekommen, so ist das Verbot noch nicht verletzt (Bolze, 12, Nr. 417), ebenso, wenn nur Offerten abgegeben wurden, ohne daß es zum Abschlusse gekommen wäre (Bolze, 14, Nr. 399).

g) Das Konkurrenzverbot erlischt mit der Aufgabe des Gewerbebetriebes, zu dessen Gunsten es besteht, da dann das Interesse an der Aufrechthaltung des Verbotes wegfällt (vergl. Bolze, 13, Nr. 396). Eine Übertragung der Rechte aus dem Konkurrenzverbote ist daher jedenfalls unwirksam, wenn nicht gleichzeitig das Unternehmen, zu dessen Gunsten das Konkurrenzverbot vereinbart wurde, mitübertragen wird; mit dem Unternehmen können dagegen auch die Rechte aus einem Konkurrenzverbote mitübertragen werden (RG. in JW., 1901, S. 725, a. M. OLG. Jena bei Seuff, A. 48, Nr. 178).

Artikel 60.

Ein Handlungsgehilfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, geht dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig. Jedoch hat er auf diese Vergünstigung nur für die Dauer von sechs Wochen Anspruch.

Austritte oder zur Kündigung gegeben hat. Löst der Dienstgeber das Dienstverhältnis, so hat er nur die Ansprüche aus dem Konkurrenzverbote, wenn der Angestellte durch sein schuldbares Verhalten Anlaß zur Lösung gegeben hat, oder wenn er den Angestellten während der Dauer der Beschränkung den zur Zeit der Beendigung des Dienstverhältnisses gebührenden Gehalt weiter leistet.

[25]) Nach § 28, Abs. 3 Entw. kann der Dienstgeber bei vereinbarter Konventionalstrafe nur letztere verlangen, nicht aber Erfüllung auch nicht den Ersatz eines weiteren Schadens.

Digitized by Google

Einleitung. **Die Folgen unverschuldeten Unglückes**, welche regelmäßig der tragen muß, in dessen Person sich das Unglück ereignet, sind für das Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen bis zu einem gewissen Grade ausnahmsweise auf den Prinzipal übertragen. Hiemit ist eine Ausnahme von der Regel der §§ 1155, 1311 ABGB. geschaffen. Der Prinzipal muß dem Handlungsgehilfen für sechs Wochen seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt gewähren, doch nur bei zeitweiser Behinderung (aber auch dann, wenn die Behinderung sofort beim oder gar vor dem Antritt der Stellung eintritt). Bei jeder anderen Behinderung hat der Handlungsgehilfe auf Vergütung keinen Anspruch, selbstverständlich auch nicht bei willkürlicher Nichtleistung der Dienste. Die Frage, ob zeitweise Behinderung durch unverschuldetes Unglück dem Prinzipal das Recht der Entlassung gibt, wird von dem vorliegenden Artikel direkt allerdings nicht geregelt (Hahn), indessen ergibt sich aus dem vorliegenden Artikel, daß eine unverschuldete Behinderung von sechs Wochen dem Prinzipal kein Recht gibt, den Vertrag aufzulösen (Randa, I., S. 222; Behrend, § 45, Anm. 40; vergl. auch Gewerbegericht 412; anscheinend anderer Ansicht Gewerbegericht 210). Die Bestimmung des Art. 60 ist nur dispositiver Natur (Gewerbegericht, 20; anders § 7 in Verbindung des § 31 des Entw.).

§ 1. 1. **Die Voraussetzungen** der Anwendung dieses Artikels sind:

a) **Unverschuldetes Unglück.** Dem Handlungsgehilfen muß ein wirkliches Unglück, ein Leid passiert sein. Andere Behinderungen gehören nicht hieher.

Als Unglück gilt: eigene Erkrankung, Erkrankung der nächsten Angehörigen, etwa von Frau oder Kind (dagegen Hahn, N. 1).

Nicht unter diesen Artikel fällt: Ladung zu einem auswärtigen Zeugentermine; Einziehung zur militärischen Übung (Behrend, § 45, Anm. 37, a. a. O.; Cosack, S. 91; Hahn, N. 1; Blaschke-Pitreich, S. 83; AdlCl. 1778; Gewerbegericht Wien, Amtl. Slg., 214; Denkschrift zum Entwurf eines HGB., S. 60).[26]) Das Unglück darf jedoch nicht verschuldet sein. Als unverschuldet wird man die eigene Krankheit dann betrachten können, wenn sie trotz normaler Lebensweise eingetreten ist, wobei man aber nicht allzu puristisch verfahren und nicht jedes Vergnügen als Abweichung von normaler Lebensweise betrachten darf, so z. B. wenn der Kommis sich beim Tanzen das Bein bricht. Geschlechtskrankheiten, auch leichte, werden immer als verschuldet betrachtet werden müssen; denn ob man in moralischer Hinsicht streng oder milde über den außerehelichen Beischlaf denken mag, so bleibt er doch immer eine Extravaganz, deren Folgen der tragen muß, der sie sich leistet (vergl. auch Art. 550 HGB.; zust. Cosack, S. 71; Makower,[13]) S. 205; a. M. Behrend, § 45, Anm. 37; vergl. Gewerbegericht Wien, Amtl. Slg., 314). Nicht notwendig ist, daß die Dienstesverhinderung erst nach faktischen Antritt des Dienstverhältnisses eintritt; der Artikel findet auch auf die zwischen Vertragsabschluß und Dienstesantritt eintretende Verhinderung Anwendung (Makower, [13]), S. 204).

§ 2. b) **Zeitweise Behinderung.** Es darf sich die Behinderung nicht von vornherein als eine dauernde, das heißt niemals oder nur in unabsehbarer Zeit dem Ende nahe erweisen.[27]) In diesem Falle greift Art. 64, Nr. 4, Platz. Einziehung in den Krieg ist eine dauernde Behinderung, weil das Ende des Krieges sich nicht absehen läßt; (ROHG., 8, S. 153). Eine

[26]) Die Erwähnung der militärischen Übung in dem den Art. 60 entsprechenden § 7 Entw. zeigt, daß nach den Entwurf der Ausdruck Unglück wie im Texte, also nach den gewöhnlichen Sprachgebrauch auszulegen ist.

[27]) Nach § 7 Entw. muß die Verhinderung keine bloß zeitweise sein.

Digitized by Google

zeitweise Behinderung liegt aber immer vor, wenn das Ende der Verhinderung sich absehen läßt; liegt dasselbe über sechs Wochen hinaus, so ist der Gehilfe für sechs Wochen zu entschädigen, was Förtsch (Anm. 2) mit Unrecht leugnet (vergl. gegen ihn auch Birkenbihl bei Holdheim, 3, S. 73). Ist der Handlungsgehilfe vor Ablauf von sechs Wochen wieder regulär tätig gewesen, so beginnt von dem Eintritte einer neuen Krankheit die Frist von neuem zu laufen; nur darf freilich kein dolus unterlaufen, das heißt, es darf der Gehilfe nicht die fortdauernde Krankheit verbergen und nur, um die Frist von neuem beginnen zu lassen, die Tätigkeit wieder aufnehmen. Dieser Gedanke kommt auch in den Gründen von AblCl. 1332 zum Ausdrucke.

c) **Eine fernere Voraussetzung ist, daß das Dienstverhältnis während der sechs Wochen nicht aus anderen Gründen zur Lösung gekommen ist.** Die Geltendmachung anderer Auflösungsgründe, z. B. eines kurzen Kündigungsrechtes oder eines anderweitigen Rechtes zur sofortigen Entlassung, wird durch Art. 60 nicht gehemmt (Gewerbegericht 211, 212, 412, 908; anders nach § 7 des Entw.). Der Tod endet das Verhältnis. Willkürlicher Rücktritt seitens des Prinzipals schließt aber die Anwendbarkeit des Artikels nicht aus (Behrend, § 45, Anm. 39), wenigstens nicht im praktischen Erfolge, da in solchem Falle die Entschädigungspflicht zum selben Ziele führt.[28])

2. Die **Wirkung** der Anwendbarkeit dieses Artikels ist, daß der Handlungsgehilfe seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt während der Behinderungszeit nicht verlustig geht, jedoch höchstens für die Dauer von sechs Wochen, gleich 42 Tagen (vergl. Gewerbegericht 480). Zum Gehalt gehört auch die Tantième und die Provision (Makower,[13], S. 206 u. a. m.; dagegen Behrend, § 45, Anm. 37). Der Anspruch hat aber die Natur der Entschädigung. Der Handlungsgehilfe soll durch die Behinderung nicht Gewinn machen. Daher wird sich der zur militärischen Übung Eingezogene — wenn man gegen die hier ausgesprochene Ansicht Art. 60 auf eine militärische Einberufung anwenden will — die Löhnung anrechnen lassen müssen, soweit sie nicht etwa durch Mehraufwand absorbiert wird. Ist aber der Handlungsgehilfe Mitglied einer Krankenkasse, so schließen sich der Anspruch nach Art. 60 gegen den Prinzipal und der Anspruch gegen die Krankenkasse nicht aus (Heilinger, II., S. 130 und 216; Randa, I., S. 218; jetzt ausdrücklich ausgesprochen in § 63, Abs. 2 des HGB.). Nach § 7, Abs. 2 Entw. muß sich der Angestellte die Beträge, die er für die Zeit seiner Verhinderung von einer Krankenkasse bezieht, mit jenem Teilbetrag anrechnen lassen, der dem Verhältnisse der Beitragsleistung des Dienstgebers zu dem Gesamtversicherungsbeitrage entspricht. Dies muß auch als geltendes Recht angenommen werden (vergl. Staub, [8], Anm. 6 zu § 63; a. M. Makower, [13], S. 206). § 3.

Artikel 61.

Das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsdiener kann von jedem Teile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden. Ist

[28]) Nach § 7 Entw. erlischt der Anspruch des Angestellten nicht, wenn das Dienstverhältnis nach Eintritt der Verhinderung durch eine Kündigung oder infolge Entlassung wegen der unverschuldeten Dienstesverhinderung vor Ablauf der sechs Wochen aufgelöst wird.

Digitized by Google

durch Vertrag eine kürzere oder längere Zeitdauer oder eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so hat es hiebei sein Bewenden.

In Betreff der Handlungslehrlinge ist die Dauer der Lehrzeit nach dem Lehrvertrage und in Ermanglung vertragsmäßiger Bestimmungen nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche zu beurteilen.

Einleitung. **Über die Dauer des Dienstvertrages** bestimmt der vorstehende Artikel in Abs. 1 hinsichtlich der Handlungsdiener, daß in erster Linie der Vertrag selbst, in zweiter Linie die hier vorgesehene gesetzliche Kündigungsfrist gelten soll, in Abs. 2 wird hinsichtlich der Handlungslehrlinge bestimmt, daß in erster Linie der Vertrag, in zweiter aber örtliche Verordnung oder Ortsgebrauch entscheiden soll. Auf die Mitglieder des Vorstandes von Aktiengesellschaften finden die Vorschriften keine Anwendung (vergl. § 1 zu Art. 57). Die Erläuterung wendet sich dem ersten Absatze zu, die Bestimmungen des zweiten Absatzes finden in einem Zusatze zu diesem Artikel Berücksichtigung.

Was nun den Abs. 1 anbetrifft, so ist wegen der Dauer des Vertrages

§ 1. 1. **in erster Linie der Vertrag maßgebend.** Damit ist nicht bloß der Engagementvertrag, sondern auch jede nachträgliche Vereinbarung gemeint (vergl. hiezu Gewerbegericht647). Für die Auslegung ist hervorzuheben, daß aus dem Zeitabschnitte, für welchen der Lohn festgesetzt ist, nicht ohneweiters auf die verabredete Dauer des Dienstverhältnisses zu schließen ist (AdlCl. 475). Durch die Festsetzung eines Jahreshonorars ist daher eine frühere Kündigung nicht ausgeschlossen (HAG. Nürnberg in Busch, Archiv, 26, S. 269). Ist die vertraglich fixierte Vertragsdauer abgelaufen, und wird das Dienstverhältnis stillschweigend fortgesetzt, so ist nunmehr die gesetzliche Kündigungsfrist maßgebend (ebenso PucheltFörtsch, Anm. 1 und § 14 Entw.), während für die Natur der Dienste und die Ansprüche des Gehilfen allerdings dasselbe gilt, wie bisher, weil dies dem Willen der Parteien entspricht; eine relocatio tacita, eine Fortsetzung des alten Vertrages in allen seinen Einzelbestimmungen und insbesondere der alten Vertragsdauer und den etwaigen Konventionalstrafen liegt aber nicht vor. Ob die Dauer des Vertrages auch auf Lebenszeit vereinbart werden kann, bezweifelt Puchelt (Anm. 4); allein es ist nicht ersichtlich, warum bei Privatbeamten unzulässig sein soll, was bei öffentlichen Beamten gang und gäbe ist. Danach ist ein solcher Vertrag gültig, wenn er die Auslegung gestattet, daß dem Handlungsgehilfen lebenslänglich nicht gekündigt werden darf (vergl. AdlCl. 951 und die Ausführungen über die „Privatbeamten" bei Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation).

Als Vertrag mit vereinbarter jederzeitiger Aufhebung des Verhältnisses ist es aufzufassen, wenn das **Engagement auf Probe** erfolgt (Schreiber, S. 38); ein solches Engagement berechtigt aber den Prinzipal nicht zum einseitigen Rücktritte vor dem Dienstesantritte (Gewerbegericht 455). Ist die Probezeit fixiert (für die Berechnung wird bei Gewerbegericht 915, Art. 328, Z. 1 für anwendbar erklärt), so hat der Prinzipal das Recht, den Gehilfen nach Ablauf der Probezeit zu entlassen; tut er dies nicht, so ist der Gehilfe nunmehr „fest", das heißt mit gesetzlicher Kündigung engagiert (über die Beweislast beim Probeengagement vergl. § 3). Dasselbe wird man annehmen müssen, wenn bei nicht fixierter Probezeit das Verhältnis sich solange und in der Weise fortsetzt, daß aus Zeit und Umständen zu schließen ist, der Fortsetzung liege nicht mehr die Absicht, die Fähigkeiten des Angestellten

Digitized by Google

zu prüfen, sondern die Absicht, den Gehilfen nach bestandener Probe für fest zu behalten, zugrunde (Gewerbegericht 385, 1288, zust. Allfeld, S. 347). Keineswegs kann der Ansicht des Gewerbegerichtes Bielitz (Amtl. Slg. 86) beigepflichtet werden, daß die Festsetzung eines Provisoriums ohne genaue Angabe des Zeitpunktes, wann dasselbe endet, als eine undeutliche Vertragsbestimmung im Sinne des § 869 ABGB. anzusehen sei und dem Gehilfen das Recht auf die gesetzliche Kündigungsfrist nicht entziehe. Der Entwurf nimmt in § 14, Abs. 3 allerdings diesen Standpunkt ein. Der Gebrauch des Wortes „Probe" ist zur Begründung der rechtlichen Wirkungen des Probeengagements nicht notwendig (vergl. Gewerbegericht 803: Zusicherung der dauernden Aufnahme unter der Bedingung, daß der Angestellte sich als brauchbar erweisen und bleiben werde). Über den Stundenbuchhalter siehe § 1 zu Art. 57.[29])

Die Vereinbarung der vierzehntägigen Kündigungsfrist ist nach Berliner Handelsgebrauch dahin zu deuten, daß nur zum Ersten gekündigt werden kann (Perl und Wreschner, Blätter für Rechtspflege, 1890, S. 6). Dasselbe muß von monatlicher und vierwöchentlicher Kündigung gelten. (Vergl. Gewerbegericht 540, wo allerdings auch monatliche Lohnzahlung vereinbart war.) Daß aber bei vierzehntägiger Kündigungsfrist nur am 15. des Monates gekündigt werden kann, geht wohl zu weit (Perl und Wreschner, ebd., S. 36). Ebenso nehmen die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft an, daß nach Berliner Handelsgebrauch bei monatlicher Kündigung am Ultimo des vorhergehenden Monates gekündigt werden muß. Auch dies ist zu weitgehend, es kann auch am Ersten gekündigt werden. Wo Handelsgebräuche nicht bestehen, da greifen die gewöhnlichen Fristberechnungen Platz (OLG. Kiel in Seufferts Archiv, 47, S. 432), so daß also die vierzehntägige Kündigungsfrist einfach von 14 Tagen zu 14 Tagen zu berechnen ist. Unter einer vereinbarten **täglichen Kündigung** versteht der Sprachgebrauch des Handelsverkehres eine Vereinbarung dahin, daß täglich mit eintägigier Frist gekündigt werden kann, nicht etwa dahin, daß täglich mit gesetzlicher Frist gekündigt werden kann.

2. **In zweiter Linie greift die gesetzliche Kündigung Platz.** § 2.

a) **Eine Form der Kündigung** ist nicht vorgeschrieben. Sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen, nur **muß sie dem anderen Teile zugehen** und ist in diesem Augenblicke erst erfolgt (AdlKCl. 2022). Bei einer Kündigung inter absentes trägt der Kündigende die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft. Doch darf sich der andere Teil nicht der Kündigung durch eigenes Verschulden entziehen, wie z. B. wenn der unterwegs befindliche Reisende in dieser Absicht fortwährend seinen Aufenthalt wechselt oder eine Veränderung seines Aufenthaltes gegen die Vereinbarung nicht anzeigt (Gewerbegericht 713) oder den Aufenthalt verschweigt oder gar falsch angibt, sollte letzteres auch unabsichtlich geschehen (vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht, 2, § 60; vergl. in GZ., 34, S. 572, ein Urteil des OLG. Braunschweig, in welchem eine Kündigung als erfolgt galt, weil der Reisende sich die Briefe abzuholen pflegte und gerade an jenem Tage nicht abholte; vergl. ferner AdlCl. 2022, wo die Kündigung als erfolgt galt, weil der Reisende verlangte, daß ihm die Briefe poste restante nachgeschickt werden, und er den Ort, an welchem er sich zur Zeit des

[29]) Nach § 15, Abs. 3 kann ein nur für die Zeit eines vorübergehenden Bedarfes eingegangenes Dienstverhältnis, solange der Angestellte eine einmonatliche Dienstzeit nicht vollstreckt hat, von beiden Teilen unter Einhaltung einer einwöchigen Kündigungsfrist gelöst werden.

Digitized by Google

Einlangens der schriftlichen Kündigung nach dem Reiseplane aufhalten sollte, vor dem Einlangen der Post verließ). Bei gänzlich unbekanntem Aufenthalte muß Absendung an die erste Adresse genügen. **Inhaltlich muß die Kündigung bestimmt und definitiv sein**, nicht bedingt und unbestimmt, wie z. B.: „das Verhältnis gilt nach Ablauf von drei Monaten als gelöst, wenn Sie bis dahin keine besseren Geschäfte machen" (ROHG., 4, S. 342). Bestimmte, aber bedingte Kündigung ist nicht unwirksam. Mit dem Eintritt der Bedingung ist die Kündigung wirksam, das heißt es gilt als wäre sie erst jetzt erfolgt; der Eintritt der Bedingung wirkt nicht zurück (Bolze, 12, Nr. 400; Allfeld, S. 348). Daß aber eine bedingte Kündigung überhaupt unwirksam sei, wie im Anschluß an Dernburg (Preußisches Privatrecht, 2, § 61) in unserer ersten Auflage angenommen wurde, ist nicht zurechtfertigen.

b) **Die gesetzliche Kündigungsfrist** ist sechs Wochen vor Ablauf des Kalenderquartals; sie muß daher am 43. Tage vor Ablauf des betreffenden Quartals, in welchem sie erfolgt, dem anderen Teile zugegangen sein. Ist z. B. ein Handlungsgehilfe am 1. Jänner eingetreten, so kann ihm zum 1. April gekündigt werden. Die Kündigungstermine sind nicht etwa, wie die Kaufleute häufig annehmen, der 15. Februar, 15. Mai, 15. August und 15. November, sondern der 17. Februar (im Schaltjahre der 18. Februar), der 19. Mai, 19. August und 19. November. **Vorzeitige Kündigung** ist rechtzeitige, so daß auch vor Antritt des Dienstes gekündigt werden kann (AdlCl. 1120), selbstverständlich nur mit der Wirkung, daß sie so wirkt, als wäre sie nach Beginn des Vertrages am ersten zulässigen Kündigungstermine erfolgt (OHG. Hamburg, in GZ., 40, S. 452, ausführlich abgedruckt in der Hanseatischen Gerichtszeitung, 1881, S. 310). Entlassung, wenn sie sich als unberechtigt erweist, wirkt wenigstens als Kündigung (AdlCl. 1440 [zweite Instanz]). Denn in solchem Akte liegt der Wille ausgedrückt, das Verhältnis sobald als möglich zu lösen. Ob verspätete Kündigung wenigstens als Kündigung zum nächsten zulässigen Termine anzusehen ist, ist Tatfrage. Gegen verspätete Kündigung braucht nicht protestiert zu werden, in der stillschweigenden Entgegennahme einer solchen liegt keine Akzeptation.

§ 3. 3. **Die Beweislast**, wenn streitig ist, ob die gesetzliche Kündigungsfrist Platz greift oder eine vertragliche, richtet sich nach dem Grundsatze, daß die naturalia sich aus dem Gesetze ergeben und nicht bewiesen zu werden brauchen, daß vielmehr derjenige zu beweisen hat, der die Abänderung der naturalia als accidentale behauptet (vergl. für die Darlehenskündigung, RG., 1, S. 383). Es hat daher derjenige, der die Vereinbarung einer von der gesetzlichen abweichenden Kündigungsfrist oder einer bestimmten Vertragsdauer behauptet, sie zu beweisen (AdlCl. 475). Derselbe Grundsatz ist maßgebend beim sogenannten **Probe-Engagement**. Da dasselbe (vergl. § 1) nichts weiter bedeutet als ein Engagement mit vereinbarter jederzeitiger Aufhebung, so muß derjenige, der behauptet, daß die jederzeitige Aufhebung vereinbart sei, sie beweisen. Die Praxis verfährt unrichtig, wenn sie demjenigen, der das „feste" Engagement im Gegensatze zum Probe-Engagement behauptet, die Beweislast auferlegt. Sie denkt dabei an die Analogie des Kaufes auf Probe. Allein dieser ist ein bedingtes Geschäft (Art. 339), so daß der unbedingte Abschluß zu beweisen ist.[30]) Das Probe-Engagement dagegen ist

[30]) Wenigstens nach der herrschenden Ansicht (vergl. dagegen Staub, 6. Aufl., S. 24).

Digitized by Google

ein unbedingter Vertrag, es wird nicht die Wirkung des Vertrages suspendiert, sondern es wird der Vertrag perfekt geschlossen und beiderseits erfüllt, es ist nur in Abänderung der gesetzlichen Auflösungsmodalitäten vereinbart, daß jederzeitige Aufhebung des Verhältnisses erfolgen könne (zust. Kammergericht in der Deutschen Juristenzeitung, 1896, S. 18; Allfeld, S. 347).

Zusatz. Der Lehrvertrag, der in diesem Artikel, Abs. 2, nur in einer Hinsicht erwähnt wird, bedarf einer Erörterung in mancherlei Hinsicht. § 4.

1. **Der Begriff der Handlungslehrlinge.**[81]) Die besondere Stellung des Handlungslehrlings besteht darin, daß er durch seine Tätigkeit die Handlung erlernen, die für den Kaufmann erforderlichen Fähigkeiten sich erwerben will. Der Unterschied zwischen Handlungsgehilfen im engeren Sinne (Handlungsdiener) und Handlungslehrling ist angesichts des § 13a GewO., der zum Antritte eines Gemischtwaren-, Kolonial-, Materialwaren- oder Spezereiwarenhandels (§ 38, Abs. 3 und 4 GewO.) — von wenigen Ausnahmen (vergl. § 13a, Abs. 3 und 4 GewO.) abgesehen — die ordnungsmäßige Beendigung des Lehrverhältnisses verlangt von praktischer Bedeutung. Die Abgrenzung der Handlungsgehilfen von den Gewerbegehilfen gilt auch für die Lehrlinge (vergl. §§ 2 und 3 zu Art. 57). Sowenig alle Gehilfen eines Kaufmannes Handlungsgehilfen, sowenig sind alle Lehrlinge desselben Handlungslehrlinge (Behrend, § 44, Anm. 14). Damit jemand als Handlungslehrling angesehen werden kann, müssen demnach folgende Voraussetzungen zutreffen:

   a) Er muß Lehrling sein. Hierüber bestimmt § 97 GewO.: „Als Lehrling wird angesehen, wer bei einem Gewerbeinhaber zur praktischen Erlernung des Gewerbes in Verwendung tritt, ohne Unterschied, ob für die Arbeit ein Lehrgeld vereinbart wird oder nicht, und ob für die Arbeit Lohn gezahlt wird oder nicht." Gleichgültig ist auch, ob der Betreffende minderjährig oder großjährig ist, ob er in die Hausgenossenschaft des Lehrherrn aufgenommen wird oder nicht (Mataja, S. 84). § 5.

   b) Der Lehrling muß in einem Handelsgewerbe im Sinne des HGB. verwendet werden (vergl. Einleitung zu Art. 4). § 6.

   c) Der Lehrling muß zum Zwecke seiner kaufmännischen Ausbildung verwendet werden. Er soll das Handelsgewerbe erlernen, sich die für den Kaufmann notwendigen Fähigkeiten erwerben. Dadurch unterscheidet er sich von demjenigen Lehrling, der die gewerbetechnischen Fähigkeiten sich erwerben will, und von dem Laufburschen, der bloß die untergeordneten Hilfsdienste verrichten soll.

2. **Die Rechtsverhältnisse der Handlungslehrlinge** werden neben dem HGB. subsidiär durch die Vorschriften der Gewerbeordnung geregelt (§ 25 EinfG. zum HGB.; § 92 GewO.). Dieselben bestimmen sich nach den über die Handlungsgehilfen gegebenen Rechtsregeln mit denjenigen Abänderungen, welche sich aus der besonderen Natur des Lehrvertrages ergeben. Im einzelnen ist hervorzuheben: § 7.

   a) **Der Abschluß des Lehrvertrages** erfordert als Handelsgeschäft keine Form. Die Außerachtlassung der Formvorschrift des § 99 GewO. begründet nur eine Übertretung nach der GewO., aber nicht zivilrechtliche Ungültigkeit des Lehrvertrages (Heilinger, II., S. 147, N. 3; a. M. GlUNF. 2199).

---

[81]) Nach § 3 Entw. finden dessen Bestimmungen keine Anwendung auf Lehrlinge; die Rechtsverhältnisse der Handlungslehrlinge sollen ihre primäre Regelung in der GewO. finden.

Digitized by Google

Der in der Entscheidung des Gewerbegerichtes 70 ausgesprochene Satz, daß bei schriftlicher Abfassung des Lehrvertrages auf mündliche Abmachungen kein Bedacht zu nehmen ist, kann auf Handlungslehrlinge keine Anwendung finden, da die Aufnahme derselben Handelsgeschäft ist, daher § 887 ABGB. keine Anwendung findet (vergl. § 8 zu Art. 317). Der Vertragsabschluß erfolgt regelmäßig durch Personen, denen die Vertretung oder Erziehung obliegt: Vater oder Vormund. Notwendig ist die Zustimmung des Vormundes nicht unbedingt; ein der väterlichen Gewalt nicht unterworfener Minderjähriger kann in Hinblick auf die Bestimmung des § 246 ABGB. einen Lehrvertrag, falls er in demselben keine materiellen Verpflichtungen eingeht, auch ohne Zustimmung des Vormundes abschließen (Heilinger, II., S. 147, N. 4; dagegen Seltsam, Rechte und Pflichten der gewerblichen Hilfsarbeiter, S. 12). Tritt der Vater als Kontrahent auf, so gilt er im Zweifel als Selbstkontrahent (ROHG., 13, S. 106; 14, S. 18; vergl. Heilinger, II., S. 148, N. 6), ebenso wenn die Mutter als Vormünderin den Lehrvertrag abschließt (HAG. Nürnberg bei Busch, Archiv, 21, S. 329), nicht jedoch, wenn der Vater den Lehrvertrag nur nachträglich genehmigt, es sei denn, daß es sich um die Genehmigung eines in seinem Namen abgeschlossenen Vertrages handelt (ROHG., 17, S. 394), während der Vormund im Zweifel nicht in eigenem Namen kontrahiert. Wer in eigenem Namen den Vertrag abschließt, von dem ist anzunehmen, daß er für das vertragsmäßige Verhalten Gewähr leisten wolle, er ist also nicht bloß bei eigenem Verschulden verantwortlich (ROHG., 14, S. 18). Der Lehrvertrag ist stempel- und gebührenfrei (§ 99, Abs. 3 GewO.).

§ 8. b) **Was den Inhalt des Lehrvertrages** betrifft, so muß derselbe bestimmte Punkte enthalten (§ 99, Abs. 3 GewO.). Die Lehrzeit kann von den Parteien frei vereinbart werden. Sofern der Bestimmung des § 98a GewO. über die Dauer der Lehrzeit eine privatrechtliche Bedeutung zukommt, findet sie auf Handlungslehrlinge keine Anwendung, da gemäß Art. 61, Abs. 2 bezüglich dieser für die Dauer der Lehrzeit in erster Linie die vertragsmäßigen Bestimmungen maßgebend sind und Art. 61, Abs. 2 gemäß § 92 GewO. den entgegenstehenden Bestimmungen der GewO. vorgeht. Über die Rechte und Pflichten des Lehrlings und Prinzipals trifft das HGB. keine Bestimmung. Art. 57, der auf den Ortsgebrauch verweist, wird in dieser Beziehung nicht voll zur Anwendung kommen, da das Verhältnis zwischen Lehrling und Prinzipal in der GewO. ziemlich eingehend geregelt ist (vergl. oben § 7). Die Art der Dienste bestimmt der Lehrherr, doch soll hier der Zweck des Verhältnisses im Auge behalten und der Lehrling vorzugsweise zu kaufmännischen Diensten verwendet werden (Pollitzer, S. 128). Dies ergibt sich aus der allgemeinen Verpflichtung des Lehrherrn, sich die gewerbliche Ausbildung seines Lehrlings angelegen sein zu lassen und ihm die hiezu erforderliche Zeit und Gelegenheit durch Verwendung zu niederen Dienstleistungen nicht zu entziehen (§ 100, Abs. 1 GewO.). Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Lehrherr auf andere als kaufmännische Dienste keinen Anspruch hat. Denn wenn auch der Lehrvertrag vorwiegend zu dem Zwecke geschlossen wird, um die Ausbildung des Lehrlings zu bewirken, so erblickt doch, selbst wenn kein Lehrgeld vereinbart wird, der Lehrherr auch in der Unterstützung, die der Lehrling durch seine im Rahmen des Ausbildungszweckes liegenden Dienste dem Prinzipal leistet, ein Äquivalent, welches einen

Digitized by Google

wesentlichen Bestandteil des Vertrages bildet (vergl. die Fassung des § 100, Abs. 1 GewO. und RDHG., 9, S. 279).

Ja, der Anspruch auf die Dienstleistung kann in gewissem Umfange sogar über die Zwecke der Ausbildung hinausgehen, nämlich soweit es sich um Nebenverrichtungen oder untergeordnete Dienste handelt (z. B. auch das Bewachen der Kinder, das Reinigen des Lokales, das Besorgen von Gängen für die Wirtschaft). Diese kann der Prinzipal soweit fordern, als sie vereinbart oder üblich sind. Durch diese Verwendung zu anderen Diensten darf aber keinesfalls die zur Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit dem Lehrling entzogen werden.

Ist der Lehrling minderjährig, so nähert sich das Lehrverhältnis einem familienrechtlichen Verhältnisse. So ist der minderjährige Lehrling der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen (§ 99b GewO.). Dagegen obliegt als Gegenstück dem Lehrherrn eine Anzahl von Verpflichtungen gegen den minderjährigen Lehrling: Überwachung der guten Sitten des Lehrlings, Anhaltung desselben zum Besuche der gewerblichen Fach- und Fortbildungsschulen und zur Erfüllung der religiösen Pflichten (§ 100 GewO.). Diese familienrechtliche Verpflichtung des Lehrherrn erfährt noch eine Steigerung, wenn der Lehrling in der Hausgenossenschaft des Lehrherrn lebt; in diesem Falle ist der Lehrherr verpflichtet, dem erkrankten Lehrling die gleiche Hilfe angedeihen zu lassen, wie der Dienstgeber dem erkrankten Dienstboten (§ 100, Abs. 4 GewO.).

Das Verbot der Eigengeschäfte des Art. 59 gilt auch für den Lehrling, ebenso die Bestimmung des Art. 58 HGB. (Pollitzer, S. 128).

Besondere Ansprüche des Prinzipals oder des Lehrlings gegeneinander entstehen, wenn für den Lehrling ein Lohn oder zu Gunsten des Lehrherrn ein Lehrgeld vereinbart ist. Ist dem Lehrling ein Lohn zugesichert, so gelten für die Lohnzahlung die für die gewerblichen Hilfsarbeiter bestehenden Vorschriften (Mataja, S. 86), sofern nichts anderes vereinbart wurde (vergl. § 2 zu Art. 57). Ist zu Gunsten des Lehrherrn ein Lehrgeld bedungen, so richtet sich der Anspruch auf dasselbe entweder gegen den Lehrling selbst oder gegen seinen Vater (eventuell seine Mutter), je nachdem letztere den Lehrvertrag als gesetzliche Vertreter des Lehrlings oder in eigenem Namen abgeschlossen haben (vergl. oben § 6). Für diesen Anspruch ist das Gewerbegericht nicht zuständig (Gewerbegericht 1006, 1200).

Die Aufhebung des Lehrvertrages erfolgt entweder durch Ablauf **§ 9.** der vertragsmäßig festgesetzten Lehrzeit, oder durch einseitigen Rücktritt eines der beiden Teile während der Probezeit, oder durch vorzeitige Auflösung des Lehrverhältnisses, die von beiden Teilen begehrt werden kann, und zwar entweder aus den in § 101 GewO. genannten Gründen oder gemäß Art. 62 aus nach dem Ermessen des Richters wichtigen Gründen (Mataja, S. 90; GewGer. 289). Endlich erlischt das Lehrverhältnis durch vierzehntägige Kündigung seitens des Lehrlings aus den in §§ 102, 102, lit. a GewO. angegebenen Gründen und durch gegenseitige Übereinkunft, die durch die GewO. nicht ausgeschlossen ist, da deren Bestimmungen über die vorzeitige Auflösung des Lehrverhältnisses nur festsetzen, in welchen Fällen der Lehrvertrag auch gegen den Willen eines oder des anderen Vertragsteiles gelöst werden kann (GewGer. 92).

Die Folgen der Auflösung des Lehrverhältnisses bestehen einmal **§ 10.** darin, daß der Lehrherr dem Lehrling ein Zeugnis mit dem in § 104,

Digitized by Google

Abs. 1 GewO. angegebenen Inhalte auszustellen hat, und zwar auch dann, wenn das Lehrverhältnis nicht ordnungsmäßig beendet wurde (Krasnopolski a. a. O., S. 355; GlUNF., 2982). Ein Schadenersatzanspruch des Lehrlings bei vorzeitiger Entlassung ist in der GewO. nicht geregelt (vergl. § 104, lit. a GewO.; Mataja, S. 91; Krasnopolski a. a. O., S. 357; dagegen Heilinger, II., S. 152). Diesbezügliche Ersatzansprüche sind also nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen, wie auch ein etwaiger Anspruch des Lehrlings auf teilweise Rückzahlung des Lehrgeldes (Mataja, S. 92).

Artikel 62.

Die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit (Art. 61) kann aus wichtigen Gründen von jedem Teile verlangt werden.

Die Beurteilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.

Einleitung. **Die hier beiden Teilen gegebene Befugnis zur vorzeitigen einseitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses** betrifft den Rücktritt von an sich gültigen Verträgen aus besonderen im Laufe des Dienstverhältnisses eintretenden Gründen. **Von selbst aber versteht sich, daß der Dienstvertrag die allgemeinen zivilrechtlichen Erfordernisse von Willenserklärungen und Verträgen haben muß** und beim Mangel dieser Erfordernisse der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterliegt, und daß ferner die sonstigen Vertragsaufhebungsgründe des Zivilrechtes auch auf den Dienstvertrag des Handlungsgehilfen Anwendung finden. Die hier erwähnten Rücktrittsgründe finden auch auf Dienstverhältnisse, die für eine bestimmte Zeit eingegangen sind, Anwendung (vergl. die genauere Fassung des § 18 Entw.). Die Vereinbarung, daß das Dienstverhältnis nur mit beiderseitigem Einverständnis gelöst werden kann, schließt die einseitige Lösung aus den in Art. 62 erwähnten Gründen nicht aus (GewGer. 596). Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Artikels ist nur die juristische Perfektion des Dienstvertrages, nicht der faktische Beginn des Dienstverhältnisses. Auch vor Antritt des Dienstes kann das Dienstverhältnis nur gegen die gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigung oder aus Gründen im Sinne des Art. 62 gelöst werden.[1])

§ 1. **Der in diesem Artikel behandelte Rücktritt vom Vertrage** — denn als solcher ist das „Verlangen auf vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses" aufzufassen (vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht, § 193, Anm. 11) — soll nach folgenden Gesichtspunkten erläutert werden: es sollen die Erklärung des Rücktrittes, die Gründe desselben und seine Folgen untersucht werden.

1. **Die Erklärung des Rücktrittes.** Sie muß klar und bestimmt sein; wenn gegen den Gehilfen gerichtet, heißt sie Entlassung. Daß solche vorliegt, muß der Gehilfe beweisen, sonst hat er den Dienst willkürlich verlassen und muß die Folgen dieses Verhaltens tragen. Wird der Gehilfe entlassen, so kann er unbeschadet seiner Entschädigungsrechte gehen und braucht nicht zu erklären, daß er seine Dienste dem Prinzipal zur Verfügung

[1]) § 24 Entw. gewährt vor Antritt des Dienstes dem Prinzipal und Angestellten, abgesehen vom Vorliegen von Gründen, unter denen ein faktisch bestehendes Dienstverhältnis vorzeitig gelöst werden kann, unter gewissen Voraussetzungen (insbesondere Verzögerung des Dienstantrittes) gegen die Regel des § 919 ABGB. das Recht vom Vertrage zurückzutreten, als ob dieser nicht geschlossen wäre.

Digitized by Google

stelle (ROHG. 2, S. 284), sein Schweigen gilt nicht als Genehmigung (OLG. Hamburg in GZ. 34, S. 574). Andrerseits ist der Prinzipal nicht verpflichtet, bei der Entlassung die Gründe derselben anzugeben, wie er auch im Prozesse andere Gründe vorbringen kann, als die bei der Entlassung vorgebrachten, weil es überall nicht auf die subjektiven Motive, sondern auf die objektive Sachlage ankommt (GewGer. Wien, AmtlS. 360; ROHG. 17, S. 220; 21, S. 252; RG. v. 24. Juni 1885 in Blums Urteilen und Annalen 3, S. 77; OLG. Frankfurt in GZ. 34, S. 574; Randa, I., S. 220). Aus demselben Grunde können auch später bekanntgewordene Gründe vorgebracht werden (ROHG. 21, S. 252; RG. v. 24. Juni 1885 in Blums Urteilen und Annalen, 3, S. 77; OLG. Karlsruhe in GZ. 34, S. 575; GewGer. 456; dagegen AdlEl. 1924).

2. **Die Gründe des Rücktrittes.** Das Gesetz sagt nur: sie müßten wichtig sein, ein Kriterium, welches dann vorliegt, wenn nach Lage der Umstände dem einen Teil nicht zuzumuten ist, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen. In den Art. 63 und 64 gibt das Gesetz Beispiele, welche als Anhaltspunkte dienen sollen (vergl. Erläuterung zu Art. 64). Als gemeinsames Kriterium aller wichtigen Gründe ist aber das mit Sicherheit aus dem Gesetze zu entnehmen, daß sie in der Person dessen liegen müssen, gegen welchen der Rücktritt sich richtet (Dernburg a. a. O.; anders Hahn, § 3), jedoch nicht notwendig in einem Verschulden, dolus oder culpa, desselben (ROHG. 21, S. 252). Ein Verschulden aber wird dadurch nicht beseitigt, daß der Prinzipal dem Gehilfen absichtlich die Gelegenheit zur Begehung des Fehlers gegeben hat, um ihn zu erproben (Bolze 16, Nr. 382). Auch der Dienstvertrag kann über die Entlassungsgründe disponieren; er kann bestimmte Tatsachen zu absoluten Rücktrittsgründen erheben, oder umgekehrt solchen Tatsachen, die an sich wichtige Rücktrittsgründe wären, diese Eigenschaft entziehen (vergl. AmtlS. 324), nur darf in letzterer Beziehung kein Verstoß gegen Verbotsgesetze oder die guten Sitten vorliegen (vergl. auch Einleitung a. E.). Daß der Entlassungsgrund gerade vor der Entlassung dem Prinzipal bekannt geworden ist, ist begrifflich nicht notwendig. Erfährt ihn der Prinzipal erst später, so darf er ihn zur Entlassung benützen. Doch wird lange zurückliegenden Gründen weit weniger Erheblichkeit beikommen (Bolze 17, Nr. 414). Erfährt der Prinzipal den Entlassungsgrund und setzt das Verhältnis gleichwohl fort, so gilt der Grund insofern als verziehen, als auf ihn allein die Entlassung nicht mehr gestützt werden kann (ROHG. 19, S. 114; Bolze 16, Nr. 384; RG. in JBl. 1900, S. 794). Ebenso können Dienstverfehlungen, die vor der Kündigung bekannt waren, später nicht als Entlassungsgründe geltend gemacht werden, weil angenommen werden muß, daß sie als Gründe zur vertragsmäßigen Kündigung benützt und damit absorbiert seien (Bolze 14, Nr. 393; LG. Frankfurt in GZ. 34, S. 574; LG. I, Berlin in GZ. 42, S. 516; OGH. v. 30. Dez. 1904, JBl. 1906, N. 30; vergl. auch LGR. Wien bei GewGer. 339). Im übrigen aber ist nicht ausgeschlossen, daß beim Eintritt neuer Pflichtverletzungen auf früher bereits verziehene Vorgänge zurückgegriffen wird, um das gesamte Verhalten des Gehilfen zu charakterisieren (ROHG. 17, S. 221; Bolze 13, Nr. 391; 14, Nr. 393), wie auch sonst das Gesamtverhalten einen wichtigen Grund zum Rücktritte abgeben kann, wenn auch die einzelnen vorgebrachten Gründe, jeder für sich, nicht ausreichen würden (ROHG. 19, S. 114). Vergl. OLG. Dresden in GZ. 34, S. 573. § 2.

Digitized by Google

Auf Handlungsgehilfen, die gleichzeitig als gewerbliche Hilfsarbeiter anzusehen sind, finden die Entlassungsgründe des § 82 GewO. und die Gründe des sofortigen Austrittes des § 82a GewO. Anwendung. Dies ergibt sich aus § 25 EinfG. zum HGB. und daraus, daß § 82, lit. a GewO. neben den Arbeitsbüchern die Zeugnisse erwähnt; letztere bilden aber gemäß § 79 GewO. die für das kaufmännische Hilfspersonal bestimmten Ausweise (Blaschke-Pitreich, S. 329; Krasnopolski a. a. O., S. 337; Canstein, I., S. 329; Heilinger, II., S. 59; Randa, I., S. 221). Umgekehrt ist aber das dem Richter in Art. 62, Abs. 2 eingeräumte Recht, die für die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses geltend gemachten Gründe nach freiem Ermessen zu prüfen, in Ansehung der Handlungsgehilfen, die gleichzeitig gewerbliche Hilfsarbeiter sind, durch die taxative Aufzählung der §§ 82 und 82a GewO. nicht aufgehoben. Dies erhellt schon aus der in § 25 EinfG. zum HGB., und § 92 GewO. ausgesprochenen Subsidiarität des VI. Hauptstückes der GewO. zum 6. Titel des I. Buches des HGB. (Krasnopolski a. a. O.; Heilinger, II., S. 59; Mataja, S. 72). Die Praxis der Gewerbegerichte wendet diese Rechtssätze konstant an.

Auch Gründe, die sich nach der Kündigung ereignen, sind geeignet, die sofortige Entlassung zu rechtfertigen (RG. 32, S. 249; LG. Wien bei GewGer. 904, GewGer. 1165, 1166), ebenso solche Entlassungsgründe, die sich vor der Kündigung ereignet haben, dem Prinzipal jedoch erst nach der Kündigung bekannt geworden sind (OGH., 30. Dez. 1904, JBl. 1906, N. 30). War die sofortige Kündigung durch die bisherigen Gründe gerechtfertigt, so bedarf es allerdings keiner Verstärkung der Gründe. Aber die durch die bisherigen Gründe nicht oder nicht genügend gerechtfertigte sofortige Kündigung kann durch nachträgliche Gründe gerechtfertigt werden, doch so, daß die Wirksamkeit der sofortigen Kündigung in solchem Falle erst mit dem Zeitpunkte dieser nachträglichen Tatsache eintritt. Und bei der Würdigung dieser nachträglichen Gründe wird immer zu beachten sein, daß die Parteien sich nicht in normalen Rechtsbeziehungen, sondern in einem Kampfverhältnisse befinden, welches die Pflichten gegenseitiger Rücksicht natürlich mindert, wenn auch nicht ganz aufhebt. Scharfe Worte werden nicht so leicht Ehrverletzungen sein wie sonst; wenn der Kommis, um das Risiko seines Prozesses und seines Wartens zu vermindern, Geschäfte macht und dadurch formell dem Art. 59 zuwiderhandelt, so kann der Prinzipal daraus nicht so leicht einen Grund zur sofortigen Kündigung herleiten usw. (vergl. AdlCl. 1914, 2026).

§ 3. 3. **Die Folgen des Rücktrittes.** Sie sind vom Gesetze nicht normiert, ein dahingehender Versuch scheiterte (P. 102). Infolge dieses Schweigens des Gesetzes ist es zweifelhaft geworden, ob schon die Rücktrittserklärung den Vertrag aufhebt oder erst der Spruch des angerufenen Richters. Für das erstere entscheiden sich Behrend, § 46, Anm. 14, Blaschke-Pitreich, S. 85; Randa, I., S. 220; Frankl, Streitfragen aus dem Konkursrechte, Jur. Vrtljschr. 1904, S. 155; für das letztere Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., § 79. Stein (GZ. 1897, Nr. 9, Die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen) erklärt die Frage für zweifelhaft. Der OGH. hat sich in AdlCl. 610 und 1640 der ersteren Ansicht angeschlossen. Die Ansicht, daß die richterliche Entscheidung das Dienstverhältnis nicht zur Erlöschung bringt, sondern bloß die erfolgte Erlöschung feststellt, nur deklarativ, nicht rechtsgestaltend wirkt, entspricht allein den praktischen Bedürfnissen. Für die entgegengesetzte Ansicht läßt sich zwar der Wortlaut der Art. 62, 63, 64

Digitized by Google

(„die Aufhebung kann verlangt, kann ausgesprochen werden") anführen; jedoch erscheint diese grammatikalische Interpretation im Hinblick auf den Umstand, daß diese Diktion gewiß nicht mit Absicht gewählt war, daß in den Protokollen sogar von einer vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages durch den Prinzipal (P. 102) gesprochen wird, keine genügende.[2])

a) **Der Prinzipal entläßt den Gehilfen vorzeitig.** Das Dienstverhältnis § 4. ist erloschen und der Prinzipal kann die Feststellung dieser Erlöschung im Wege der Feststellungsklage (vergl. GlUNF. 3266), und wenn er vom Gehilfen wegen des Gehaltes belangt wird, im Wege eines Zwischenantrages auf Feststellung (§ 259 ZPO.) begehren. An sich sollte diese Wirkung nur der gerechtfertigten Entlassung zukommen; die ungerechtfertigte Entlassung ist an sich nicht geeignet, ein bestehendes Dienstverhältnis zur Auflösung zu bringen. Diese logische Konsequenz bleibt jedoch nur bestehen, soweit die GewO. zur Anwendung gelangt. Der § 84 GewO., der vorzeitig entlassenen gewerblichen Hilfsarbeitern den Anspruch auf den für die ganze Kündigungsfrist entfallenden Lohn gewährt, ist mit der sich aus der Natur der Sache ergebenden Auffassung dieses Anspruches als eines auf Grund des fortbestehenden Dienstverhältnisses sich ergebenden Erfüllungsanspruches vollkommen vereinbar. (In AmtlS. 1049 wird nur — mit Recht — ausgesprochen, daß dem vorzeitig entlassenen Hilfsarbeiter kein Anspruch auf Entgegennahme seiner Dienste zustehe, sonst aber die Frage, ob der Anspruch aus § 84 GewO. ein Erfüllungs- oder Schadenersatzanspruch ist, offen gelassen.) Anders, wenn der Handlungsgehilfe nicht gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter ist, daher die Folgen seiner vorzeitigen Entlassung in § 1155 ABGB. normiert erscheinen (vergl. unten § 5 ff.). Mit der Bestimmung des § 1155 ABGB., daß dem vorzeitig und unrechtmäßig entlassenen Angestellten nicht der volle Lohn, sondern bloß eine angemessene Schadloshaltung gebührt (vergl. unten § 9) ist die Annahme eines fortbestehenden Dienstverhältnisses unvereinbar. Das Gesetz gewährt eben in diesem Falle keinen Erfüllungs-, sondern einen Schadenersatzanspruch in teilweiser Anlehnung an das preußische Landrecht, nach dem Verträge über Handlungen durch jede Rücktrittserklärung vorbehaltlich der Entschädigungspflicht gelöst werden konnten.[3]) Nach den verschiedenen rechtlichen Wirkungen der vorzeitigen Entlassung bestimmen sich auch die Ansprüche des entlassenen Gehilfen.

α) Ist der Gehilfe gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter, so findet auf § 5. ihn § 84 GewO. Anwendung (Blaschke-Pitreich, S. 84; AdlCl. 912). Der Gewerbeinhaber ist nach dieser Gesetzesstelle verpflichtet, dem vor-

[2]) Der Entw. will durch die Fassung des § 18 der im Texte vertretenen Auffassung deutlichen Ausdruck verleihen.

[3]) Ein Rechtszustand, nach dem jede Entlassung seitens des Prinzipals das Dienstverhältnis zur Lösung bringt und dem Prinzipal bloß eine Schadenersatzpflicht auflegt, enthält an sich keine Benachteiligung des Angestellten. Dieser ist im Gegenteil dadurch besser gestellt, daß er sich des Dienstverhältnisses ledig weiß, daher ohne Gefahr Konkurrenz betreiben kann, während er sonst Handlungen, die den Pflichten eines bestehenden Dienstverhältnisses zuwiderlaufen, mit Beruhigung erst nach Feststellung des Richters, daß die Entlassung eine begründete ist, vornehmen kann (vergl. Staub[9], Anm. 12 zu § 70). Wenn man schon der Ansicht ist, daß eine Unbilligkeit gegen den Angestellten darin gelegen ist, daß dessen Schadenersatzansprüchen der in der Zwischenzeit gemachte anderweitige Verdienst entgegengehalten werden kann (vergl. unten § 9), so kann dieser Unbilligkeit durch abstrakte Normierung des Schadenersatzanspruches des vorzeitig entlassenen Gehilfen vorgebeugt werden.

Digitized by Google

zeitig entlassenen Gehilfen den Lohn und die sonstigen Dienstesgenüsse, insbesondere die entgangenen Provisionen (GewGer. 537), für die ganze Kündigungsfrist oder den noch übrigen Teil derselben zu bezahlen. Einen Verdienst, den der Gehilfe sich in der Zwischenzeit auf einem anderen Dienstplatze erworben hat, darf der Prinzipal nicht in Rechnung bringen (AdlCl. 912; Mataja, S. 73; Pfersche a. a. O., S. 90; Ingwer, Das Arbeitsverhältnis, S. 176). Ob den Prinzipal subjektiv ein Verschulden trifft, ist gleichgültig. Etwas Besonderes gilt für den Fall, daß die vorzeitige Entlassung infolge Aufhörens des Gewerbebetriebes des Prinzipals stattfindet; in diesem Falle beschränkt sich der Anspruch des Gehilfen nach § 83 GewO. auf eine angemessene Schadloshaltung (vergl. über diesen Begriff unten § 8). Die §§ 83 und 84 GewO. gedenken nicht jener Verträge, die überhaupt nicht durch Kündigung erlöschen, sondern auf bestimmte Zeit geschlossen sind; bei diesen bezieht sich der Anspruch des vorzeitig entlassenen Handlungsgehilfen offenbar auf die ganze übrige Zeit der Vertragsdauer (Mataja, S. 73; a. M. GewGer. 1000). Der Anspruch des vorzeitig entlassenen Gehilfen ist keinesfalls auf den in § 84 GewO. angegebenen Umfang beschränkt (Mataja, S. 73; Pfersche, S. 91); gerade bei Dienstverträgen, die auf bestimmte längere Zeit geschlossen werden und an die § 84 GewO. nicht denkt, wird ein solcher den Betrag der für die entsprechende Zeit entfallenden vereinbarten Dienstesgenüsse übersteigender Schaden praktisch werden. Da sich jedoch ein solcher, den Umfang des § 84 GewO. übersteigender Ersatzanspruch nicht mehr auf diese Gesetzesstelle, sondern nur auf das ABGB. gründen läßt, müssen die Voraussetzungen desselben für das Entstehen einer Schadenersatzverbindlichkeit, nämlich ein Verschulden des Prinzipals vorliegen. Dagegen berechtigt auch ein geringes Verschulden zu einem Anspruche auf Ersatz des entgangenen Gewinnes gemäß Art. 283, da der Engagementvertrag ein Handelsgeschäft ist. In gleichem Umfange kann der Handlungsgehilfe, der gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter ist, vom Prinzipal Schadenersatz nach § 84 GewO. verlangen, wenn der Prinzipal den vorzeitigen Austritt des Gehilfen verschuldet hat. Es genügt nicht, daß auf Seite des Prinzipals ein rechtmäßiger Grund zum vorzeitigen Austritte des Gehilfen vorgelegen ist. Da das Dienstverhältnis trotz der ungerechtfertigten vorzeitigen Entlassung noch fortbesteht, so wäre der Gehilfe grundsätzlich gehalten, einer Aufforderung des Prinzipals, während der Kündigungsfrist bei ihm die gewohnte Arbeit aufzunehmen, nachzukommen. Jedoch wird der Gehilfe eine Weigerung zum Wiedereintritte oft dadurch rechtfertigen können, daß er den Austrittsgrund des Art. 63 geltend macht (vergl. Makower, [13], S. 217). Einer unmittelbar nach einer, keine Ehrverletzung enthaltenden Entlassung, ergangenen Aufforderung, doch im Dienste zu bleiben, muß der Gehilfe jedenfalls nachkommen (so das mit Unrecht von Ingwer a. a. O., S. 176, scharf getadelte gewerbegerichtliche Erkenntnis, 813).

§ 6. β) Ist der Handlungsgehilfe nicht gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter, finden also auf ihn die Bestimmungen der GewO. keine Anwendung, so bestimmt das ABGB., welche Ansprüche ihm bei vorzeitiger Auflösung des Dienstverhältnisses gegen den Prinzipal

Digitized by Google

zustehen (AdlCl. 2335). Maßgebend ist § 1160 ABGB., der bestimmt, daß Arbeiter, die für eine bestimmte Zeit aufgenommen worden sind, vor deren Ablauf ohne rechtmäßigen Grund nicht verabschiedet werden können, und § 1155 ABGB., nach dem dem Bestellten, der zur Verrichtung der Dienste bereit war, hievon jedoch vom Besteller durch Schuld oder einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, verhindert worden ist, ein Anspruch auf angemessene Schadloshaltung zusteht. Daß § 1155 trotz des Schlußsatzes des § 1160 („wird die Arbeit unterbrochen, so verantwortet jeder sein Verschulden, aber keiner den Zufall") auch auf den Fall der vom Prinzipal wegen eines seine Person treffenden Zufalles erfolgten vorzeitigen Aufhebung des bereits tatsächlich begonnenen Dienstverhältnisses Anwendung findet, wird heute in Theorie und Praxis allgemein zugegeben (vergl. Dniestrzanski, Werklieferungsvertrag, S. 166); nach unserer in der vorigen Auflage dieses Werkes eingehend begründeten Ansicht, deshalb, weil § 1160 a. E. nur die zeitweise Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im Auge hat, nach Ehrenzweig (Krainz-Ehrenzweig, § 373, N. 13), weil § 1160 nur eine ungenaue Wiederholung des in § 1155 ausgesprochenen Rechtssatzes enthält (vergl. hiezu auch Randa, I., S. 223).

Wie aus dem Zusammenhalte mit § 1160 (1. Satz) zu entnehmen ist, legt § 1155 eine Ersatzpflicht nur auf, wenn kein rechtmäßiger Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses vorliegt. Wann ein solcher rechtmäßiger Grund vorliegt, ist hinsichtlich der nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilenden Dienstverhältnisse gemäß § 1160 (1. Satz) nach richterlichem Ermessen, hinsichtlich der nach Handelsrecht zu beurteilenden Dienstverhältnisse nach Art. 62 und 64 HGB. zu beurteilen.

Liegt sohin ein rechtmäßiger Grund zum Rücktritte im Sinne des HGB. nicht vor, so steht dem vorzeitig entlassenen Handlungsgehilfen, der nicht als gewerblicher Hilfsarbeiter anzusehen ist, ein Ersatzanspruch gegen den Prinzipal gemäß § 1155 ABGB. nur zu, wenn sich die Entlassung auf ein Verschulden des Prinzipals oder auf einen Zufall, der sich in dessen Person ereignete, zurückführen läßt (Krainz-Ehrenzweig, § 373). In dieser Hinsicht stellt § 84 GewO. den Handlungsgehilfen, der gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter ist, bedeutend günstiger. Der Zufall im Vermögen ist hier dem Zufalle in der Person nicht gleichzustellen (Dniestrzanski, S. 120). Von einem Zufalle in der Person kann nur die Rede sein, wenn zwischen dem die Unmöglichkeit der Entgegennahme der Dienste bewirkenden Ereignisse und den persönlichen Verhältnissen des Prinzipals ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Die Richtigkeit der Ansicht, daß es sich um einen Zufall handeln muß, der in den persönlichen Verhältnissen des Bestellers seinen Sitz hat, erhellt daraus, daß man bereits bei Beratung über § 269 westgal. GB., II. Teil, von der Voraussetzung ausging, daß die Verhinderung an der Dienstleistung vom Dinger „verursacht" sein muß (Ofner, II., S. 105). Besteht aber ein solcher Zusammenhang mit der Person des Prinzipals, dann kommt es nicht darauf an, ob der Zufall direkt den Prinzipal oder dessen Vermögen trifft. Daher tritt die gleiche Wirkung ein, wenn der Prinzipal durch Erkrankung an der Fort- § 7.

Digitized by Google

führung seines Gewerbes verhindert wird und wenn ein gegen ihn aufgebrachter Arbeiterhaufe seine Fabrik zerstört. Wird aber die Fabrik durch einen feindlichen Angriff zerstört und dadurch die Fortführung des Handelsgewerbes unmöglich gemacht, so ist der Prinzipal, wenn er deshalb seinen Handlungsgehilfen entläßt, von jeder Haftung frei (Dniestrzanski, S. 120, Note 2). Nicht notwendig ist, daß der Gehilfe nach der Entlassung dem Prinzipal seine Dienste nochmals anbietet. Die im § 1155 ABGB. vorausgesetzte Bereitschaft zur Dienstesverrichtung ist bereits durch den Antritt des Dienstverhältnisses gegeben (vergl. Staub, [8], Anm. 4 zu § 70; Makower, [13], S. 217).

§ 8. Der Umfang der Ersatzpflicht des Prinzipals ist nicht aus einer Interpretation des § 1155 ABGB. zu gewinnen, sondern richtet sich nach Art. 283 (vergl. auch OGH., 27. März 1907, ZBl. 1907, N. 195). Die dort statuierte erweiterte Ersatzpflicht findet ja in Handelssachen in allen Fällen statt, wo das Landesrecht überhaupt eine Ersatzpflicht — gleichgültig in welchem Umfange — auferlegt (vergl. § 5 zu Art. 283). Daß aber mit den Worten „angemessener Entschädigung" in § 1155 ABGB. nicht etwa eine Verpflichtung zur Lohnzahlung, sondern ganz allgemein eine Schadenersatzpflicht bezeichnet werden sollte, geht daraus hervor, daß diese Worte statt des in § 269 westgal. GB. gebrauchten Wortes Lohn gesetzt wurden, „weil dem Referenten diese Textierung billiger erschien" (Ofner, II., S. 105).

§ 9. Der Schadenersatzanspruch des Gehilfen umfaßt sohin zunächst dasjenige, was er in seiner Stellung bis zum Ablaufe der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsfrist bezogen hat (§ 1323 ABGB.). Bestanden diese Bezüge in Unterhalt, Spesen, Provision und Tantièmen, so ist ein entsprechender Geldbetrag zu erstatten. Hatte er vertragsmäßig Vorschüsse zu verlangen, so müssen ihm auch diese gewährt werden. Sodann aber gehört zum Schaden auch der entgangene Gewinn (Art. 283). Der Schadenersatzklage des Gehilfen kann der Prinzipal den Einwand entgegensetzen, daß der Gehilfe keinen Schaden gehabt hat, indem er seine Kräfte anderweit verwendet hat (anders bei dem vom gewerblichen Hilfsarbeiter gemäß § 84 GewO. erhobenen Anspruche; vergl. oben § 6). Die Frage ist übrigens in der Judikatur bestritten: AdlCl. 1361, steht auf unserem Standpunkte, im Ergebnis auch AdlCl. 1584; dortselbst wird jedoch der Gehilfe, wenn er in einen anderen Dienst eingetreten ist, jedes Anspruches für verlustig erklärt, weil er zur Dienstleistung sich nicht bereitgehalten hat. Dem ist nicht beizupflichten, denn der entlassene Gehilfe hat bereits bei Beginn des Dienstverhältnisses seine Dienste angeboten, er muß nicht während der ganzen Dauer der nicht eingehaltenen Kündigungsfrist seine Dienste tatsächlich bereithalten (Dniestrzanski, S. 125; AdlCl. 1173; vergl. § 295 d. BGB.). In den Entscheidungen AdlCl. 1337, 1594 und 2335, wird dem Einwande des Prinzipals, daß der entlassene Kommis sich einen anderweitigen Verdienst verschafft hat, keine Beachtung geschenkt. AdlCl. 912 ist hier nicht anzuführen, da dortselbst die Anwendbarkeit der Bestimmungen der GewO. angenommen wurde. Auf dem Standpunkte der hier vertretenen Ansicht stehen: LG. Wien bei Gll. 10.958; Krainz-Ehrenzweig, § 373, Note 33; Schreiber, S. 37; Blaschke-Pitreich, S. 85; Geller in JBl. 1878, Nr. 41; ferner Redaktionsbemerkung, ZBl. 1907, S. 581; a. M. Randa, I., S. 222.

Digitized by Google

Der anderweite Erwerb braucht nicht auf einem Dienstverhältnisse zu beruhen, es muß nur ein Erwerb sein, der durch Verwendung seiner Arbeitskraft erzielt ist, wie er sie sonst dem Prinzipal zu widmen gehabt hätte (ROHG. 2, S. 287; Bolze 12, Nr. 402). Auch daß der Kommis sich inzwischen etabliert hat, genügt allein nicht zur Begründung des Einwandes, da es ja sein kann, daß er hiebei Mißerfolge gehabt hat (anders anscheinend Bolze 12, Nr. 402). Ferner aber ist der Einwand erheblich, daß der Gehilfe eine ihm dargebotene passende Gelegenheit zur anderweitigen Verwendung seiner Dienste ausgeschlagen hat. Das geht aus § 1304 ABGB. hervor, wonach es als ein konkurrierendes Versehen betrachtet wird, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Hier ist von Fall zu Fall zu prüfen, inwieweit dem Beschädigten ein Verschulden an der Entstehung des Schadens beizumessen ist, und danach richtet es sich, welche Wirkung dies auf den Umfang des zu ersetzenden Schadens ausübt, unter Umständen kann dadurch die Schadenersatzpflicht ganz beseitigt werden. Hier, wo es sich um Schadenersatz handelt, wo das Dienstverhältnis also nicht mehr besteht, wird davon auszugehen sein, daß der Gehilfe bemüht sein muß, sich anderweit einen Dienst zu verschaffen.

Der Schadenersatzforderung des Gehilfen kommt das für Dienst- § 10.
bezüge geltende Exekutionsprivilegium nicht zu (vergl. Zusatz 2 zu Art. 57). Über die Behandlung der Schadenersatzforderung des Gehilfen im Konkurse des Prinzipals vergl. unten § 21. Der Anspruch, der dem vorzeitig entlassenen Gehilfen gemäß § 1155 ABGB. zusteht, unterliegt derselben Verjährung, wie jeder Schadenersatzanspruch wegen einer Vertragsverletzung; über die bestrittene Frage nach der Anwendbarkeit des § 1489 ABGB. auf Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzung vergl. die bei Krainz-Ehrenzweig, § 338, angeführte Literatur; dazu Randa, I., S. 223, N. 117. Da es sich um eine Schadenersatzforderung handelt, kann sofort auf alle Gehaltsraten, auch auf die erst nach dem Urteile fällig werdenden, geklagt werden; die logische Konsequenz würde freilich zu einem anderen Ergebnisse führen. Aber das Gesetz hat eben durch die Bestimmung des § 1155 ABGB. die logische Konsequenz durchbrochen, indem es aus dem Erfüllungsanspruch einen Schadenersatzanspruch macht (vergl. oben § 9). Diese Durchbrechung der logischen Konsequenz, die dem vorzeitig entlassenen Angestellten bezüglich des Umfanges seines Anspruches zum Nachteile gereichen kann, kann ihm bezüglich des Zeitpunktes der Fälligkeit seines Anspruches einen Vorteil bringen (a. M. AdlCl. 2000, grundsätzlich auch OGH. v. 27. März 1907, ZBl. 1907, N. 195). Findet der Angestellte nach gefälltem Urteile, aber von dem Zeitpunkte, in dem das Dienstverhältnis bei ordnungsmäßiger Kündigung erloschen wäre, einen anderen Posten, so kann der Prinzipal einen entsprechenden Teil des von ihm gezahlten Betrages kondizieren.

b) **Der Gehilfe tritt vorzeitig aus gerechtem Grunde aus.** Das Dienst- § 11.
verhältnis wird hier gelöst. Dem Gehilfen steht kein Erfüllungsanspruch, sondern höchstens ein Schadenersatzanspruch zu. Dieser Anspruch steht dem Gehilfen jedoch nur zu, wenn der Prinzipal den vorzeitigen Austritt verschuldet, nicht schon dann, wenn er ihn veranlaßt hat. Für

Digitized by Google

das Geltungsgebiet der GewO. folgt dies schon aus dem Wortlaute des § 84 GewO., im übrigen aus dem allgemeinen Grundsatze des § 1295 ABGB. Unerheblich ist allerdings der Grad des Verschuldens, da Art. 283 Platz greift. Konkreter Nachweis des Schadens oder entgangenen Gewinnes ist notwendig. Nur bezüglich des gewerblichen Hilfsarbeiters trifft § 84 GewO. eine abstrakte Schadensnormierung.[4]) Den Lohn für die Kündigungsfrist muß der Prinzipal, der durch sein Verschulden dem gewerblichen Hilfsarbeiter Anlaß zum vorzeitigen Austritt gibt, auch ohne Nachweis eines Schadens vergüten (vergl. Ingwer, Das Arbeitsverhältnis, S. 176). Ein Anspruch des Gehilfen auf Ersatz eines erweislichen höheren Schadens ist durch § 84 GewO. für diesen Fall so wenig ausgeschlossen, wie für den Fall der vorzeitigen Entlassung (vergl. oben § 5).[5])

§ 12. Selbstverständlich sind von den hier erörterten Ersatzansprüchen wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses völlig unabhängig diejenigen Ansprüche, welche sich auf die schuldhafte, den Anlaß zum vorzeitigen Austritte oder zur sofortigen Entlassung bildende Handlung, z. B. die Mißhandlung oder die Veruntreuung, stützen (Mataja, S. 73).

§ 13. c) **Der Gehilfe tritt vorzeitig ohne gerechten Grund aus.** Das Dienstverhältnis bleibt bestehen. Das Gesetz hat die Konsequenz, daß durch unberechtigte Rücktrittserklärung der für bestimmte Zeit geschlossene Dienstvertrag nicht gelöst wird, nicht durchbrochen. Der Gehilfe ist also an das Verbot der Eigengeschäfte und an andere an den Bestand eines Dienstverhältnisses geknüpfte Pflichten gebunden. Er kann auch auf Leistung der Dienste beklagt werden (Links 7001; über die Exekution vergl. Art. 57, § 6). Der Prinzipal kann jedoch den vorzeitigen Austritt seinerseits als Entlassungsgrund gemäß Art. 63, Z. 3 benützen (Staub, [8], Anm. 16 zu § 70). Weiters steht dem Prinzipal der Anspruch auf Ersatz des Schadens zu. Bezüglich der gewerblichen Hilfsarbeiter bestimmt dies ausdrücklich § 85 GewO., Art. 283 findet Anwendung. Der Angestellte, der der Ansicht ist, daß sein Austritt ein gerechtfertigter war, kann im Wege der Feststellungsklage den Ausspruch, daß das Dienstverhältnis erloschen sei, begehren; er kann, vom Prinzipal auf Leistungen aus dem angeblich fortbestehenden Dienstverhältnis belangt, einen Zwischenantrag auf Feststellung der Erlöschung des Dienstverhältnisses (§ 259 ZPO.) stellen.

§ 14. d) **Der Gehilfe gibt dem Prinzipal Anlaß zur vorzeitigen Entlassung.** Das Dienstverhältnis ist in jedem Falle gelöst. Dem Prinzipal steht ein Schadenersatzanspruch nur zu, wenn der Entlassungsgrund auf einem Verschulden des Angestellten beruht, dann aber ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens (Art. 283). Mataja, S. 73, bestreitet, daß dem Prinzipal ein Schadenersatzanspruch gegen den seine vorzeitige Ent-

[4]) Die in § 84 in gleicher Weise normierten Ansprüche des vorzeitig entlassenen und des infolge Verschuldens des Prinzipals vorzeitig austretenden Gehilfen sind von verschiedener rechtlicher Natur. Der erstere Anspruch ist ein Erfüllungsanspruch, der andere Anspruch ein bezüglich seines Umfanges nach abstrakten Gesichtspunkten normierter Schadenersatzanspruch.

[5]) Nach § 22 Entw. hat der Angestellte, den der Prinzipal vorzeitig entlassen hat, oder der infolge eines gerechten vom Prinzipal verschuldeten Grundes vorzeitig ausgetreten ist, Anspruch auf das Entgelt für den restlichen Teil der Kündigungsfrist ohne Nachweis eines Schadens, kann aber einen größeren Betrag auch bei Nachweis eines höheren Schadens nicht begehren.

Digitized by Google

lassung verschuldenden gewerblichen Hilfsarbeiter zustehe. Dieser Schadenersatzanspruch ergibt sich jedoch aus allgemeinen Grundsätzen, und das von Mataja aus § 84 GewO. abgeleitete arg. a contr. scheint daher nicht zwingend. Hat der Prinzipal den Lohn im voraus geleistet, so kann er den Betrag, der auf die Zeit fällt, in der keine Dienste mehr geleistet wurden, gemäß § 1435 zurückfordern (GlUNF. 3038; ebenso § 21, Abs. 2 Entw.).[6])

Zusatz. Sonstige Aufhebungsgründe des Dienstvertrages. Abgesehen von dem im Art. 62 geregelten Rücktrittsrechte kann der Dienstvertrag noch durch andere Gründe enden. **§ 15.**

1. **Der Vertrag kann unter einer auflösenden Bedingung geschlossen sein** (vergl. hierüber §§ 696 bis 699, 897 und 898 ABGB.). **§ 16.**
2. **Der Vertrag kann wegen Irrtums oder Betruges angefochten werden.** Diese Anfechtung ist wohl zu unterscheiden von der sofortigen Kündigung; sie beruht auf einem Mangel in der Eingehung des Rechtsgeschäftes, die sofortige Kündigung hat einen gültigen Vertrag zum Gegenstande und stützt sich auf Ereignisse während der Dauer desselben. Als solche Anfechtungsgründe kommen nach dem ABGB. Irrtum, Betrug und Zwang in Betracht. Doch sind nur die beiden ersten Anfechtungsgründe praktisch. Beim Irrtum handelt es sich meist um Eigenschaften in der Person. Diese begründen eine Anfechtung nur unter der Voraussetzung der §§ 871, 873, 876, wenn diese Eigenschaften bei Eingehung des Dienstverhältnisses von den Parteien für wesentlich gehalten wurden und der Irrtum über diese Eigenschaften durch unrichtige Angaben des anderen Teiles hervorgerufen oder der Irrtum von diesem bemerkt und nicht aufgeklärt wurde. Dies wird besonders der Fall sein, wenn sich herausstellt, daß der Gehilfe nicht unbescholten ist, daß er wegen ehrenrührigen Vergehens, wegen Veruntreuung usw. bestraft ist (RG. 7, S. 77; vergl. auch GewGer. 86; anders hat in einem solchen Falle der OGH. bei Links 6981 entschieden), unter Umständen auch, wenn sich herausstellt, daß er in zerrütteten Lebensverhältnissen lebt (RG. 12, S. 102) aber auch, daß er in früherer Stellung untreu gewesen ist und aus Schonung nicht bestraft wurde. Auch der Irrtum über Fähigkeiten des Gehilfen, wie sie zur Erfüllung der Stellung erforderlich sind, kann geltend gemacht werden, doch nur dann, wenn dem Gehilfen die erforderlichen Fähigkeiten absolut mangeln, nicht schon dann, wenn er in der Betätigung derselben geringe Fertigkeit hat. So ist es z. B. wesentlich, wenn ein Korrespondent nicht orthographisch schreiben, wenn ein Buchhalter nicht mehr als die vier Spezies rechnen kann oder die Buchführung nicht versteht (Bolze 1, Nr. 997). Auch das Vorschützen von wirklich nicht bestehenden Empfehlungen gehört hieher (im Ergebnis richtig AdlCl. 1120, wo dieser Auflösungsgrund irrtümlich unter Art. 62 gebracht wurde). Hinsichtlich der gewerblichen Hilfsarbeiter vergl. über diesen Punkt § 82, lit. a, GewO. **§ 17.**

Die Anfechtung wegen Irrtum hat zur Folge, daß der Vertrag als von Anfang an nichtig erscheint. Für die bisher geleisteten Dienste ist der Wert zu vergüten (§ 877 ABGB.). **§ 18.**

---

[6]) Nach § 21 Entw. steht dem Prinzipal gegen den ohne rechtmäßigen Grund vorzeitig austretenden oder seine vorzeitige Entlassung verschuldenden Angestellten der Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens zu, jedoch höchstens bis zum Betrage des Gehaltes, der für die Zeit bis zur ordnungsmäßigen Lösung des Dienstverhältnisses entfallen wäre.

Digitized by Google

§ 18a. 3. **Der Vertrag kann infolge seines Inhaltes ungültig sein** (§ 878 ABGB.; vergl. GewGer. 947: Der Gehilfe war zur Verrichtung nach der GewO. verbotener Dienstleistungen aufgenommen).

§ 19. 4. **Der Tod des Handlungsgehilfen** ist im Zweifel Endigungsgrund des Dienstverhältnisses, nicht aber der des **Prinzipals** (§ 1162 ABGB.; vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 374; Randa, I., S. 221).

§ 20. 5. **Einfluß der Geschäftsveräußerung auf den Dienstvertrag.** Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 1393 ABGB.; Krainz-Ehrenzweig, § 329, Note 5; Hasenöhrl, § 73, Note 32). Bei Handlungsgehilfenverträgen wird man hienach annehmen müssen, daß der Gehilfe im Zweifel sich nicht an den Geschäftserwerber wegen seiner Dienste zu weisen lassen braucht, es sei denn, daß sich hiedurch weder der Leistungsinhalt ändert, noch daß sonstige stichhältige Gründe gegen die Dienstleistung an den Geschäftserwerber vorliegen (vergl. Hasenöhrl a. a. O.).[7]) Auf diesem Standpunkte stand auch das frühere ROHG. 18, S. 370. Zu demselben Ergebnisse kommt man übrigens auch dann, wenn man dem Gehilfen im Falle der Geschäftsveräußerung das Recht gibt, die Dienste trotz der Geschäftsveräußerung dem bisherigen Prinzipal anzubieten, und wenn dieser die Annahme ablehnt, die vertragsmäßige Vergütung zu verlangen, wie wenn die Dienste geleistet wären. Denn auch von diesem Gesichtspunkte muß der Gehilfe sich den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste Gelegenheit hatte, sich zu erwerben (vergl. oben § 9).[8]) Es liegt aber eine schuldhafte Unterlassung der Verwendung seiner Dienste vor, wenn ihm der Geschäftserwerber, gegen dessen Geschäft und Person Einwendungen nicht bestehen, die Verwendung in seinem Geschäfte anbietet und der Gehilfe sich dessen weigert. Bestehen aber stichhältige Einwendungen gegen das Geschäft oder die Person des Geschäftserwerbers, so braucht er diesem die Dienste nicht zu leisten und es besteht der Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsveräußerer. Bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses gelten im Zweifel die früheren Vereinbarungen (GewGer. 663, 534).

Spielt sich die Sache so ab, daß der Geschäftserwerber und der Gehilfe das Verhältnis fortsetzen, so ist der Geschäftsveräußerer von jeder Haftung für die künftigen Gehaltsansprüche frei (dagegen RG. 36, S. 70). Für die Haftung des Geschäftserwerbers für die bis zur Geschäftsübernahme rückständigen Gehaltsansprüche sind die bei Art. 22 erörterten Grundsätze maßgebend. Der Entwurf regelt die Materie in § 16: Der Erwerber tritt in das Dienstverhältnis ein, kann es jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist lösen; der Angestellte kann das Dienstverhältnis innerhalb einer Woche ohne Kündigung lösen.

---

[7]) Die gleiche Wirkung wie der Geschäftsveräußerung kommt auch der Aufnahme eines an der Geschäftsführung beteiligten Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes, nicht aber dem Wechsel in der Person des Gesellschafters einer bereits bestehenden offenen Handelsgesellschaft zu (vergl. hiezu auch Lehmann, Handelsrecht, S. 194).

[8]) Zu betonen ist, daß in diesem Falle ein Unterschied zwischen dem Handlungsgehilfen, der gleichzeitig gewerblicher Hilfsarbeiter ist, und den anderen Handlungsgehilfen nicht besteht. Denn nach § 83 GewO. ist der Anspruch des infolge Aufgabe des Gewerbebetriebes des Prinzipals — und als solche wird sich ja die Geschäftsveräußerung meistens darstellen — vorzeitig entlassenen Gehilfen nur auf Schadloshaltung gerichtet. Daher ist auf den Umfang seines Ersatzanspruches nicht § 84 GewO., sondern das ABGB. anzuwenden (Mataja, S. 72; Pfersche, S. 92, Gewerbegericht 457, 664).

Digitized by Google

6. **Der Konkurs des Prinzipals.** Bei demselben ist § 22, lit. c KO., der dem Masseverwalter das Recht gibt, bei zweiseitigen, noch von keiner Seite vollständig erfüllten Geschäften nach Belieben zurückzutreten, nicht anwendbar; denn § 22, lit. c, denkt nicht an Dienstverhältnisse, indem er nur Sachleistungen voraussetzt und nur solche Geschäfte im Auge hat, die durch einmalige Leistung von beiden Seiten erfüllbar sind, kann daher nicht auf obligatorische Verhältnisse bezogen werden, die sich über eine gewisse Zeit erstrecken (AdlCl. 2006, 375; Bretschneider, Mitteilungen des Prager Juristenvereines, XII, S. 25; Frankl, Streitfragen aus dem Konkursrechte, Jur. Vrtljschr. 1904, S. 153 ff.; Krainz-Ehrenzweig, § 342, N. 12; Rintelen, GZ. 61, S. 150; dagegen GlU. 6838; R. Pollak, S. 174; vergl. auch die erläuternden Bemerkungen zu § 16 Entw.; unentschieden gelassen wurde diese Frage vom OGH. in JBl. 1895, Nr. 24). Da sohin die Frage, welchen Einfluß die Konkurseröffnung auf bestehende Dienstverhältnisse ausübt, in § 22 KO. nicht entschieden ist, so ist gemäß § 7 ABGB. die einen gleichen Fall regelnde Bestimmung des § 23, der von zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Pacht- und Mietverhältnissen handelt, anzuwenden. Der Masseverwalter kann daher die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Dienstverhältnisse nicht nach Belieben, sondern nur unter den gesetzlichen Kündigungsfristen (vergl. Art. 61) und nach Maßgabe der zum sofortigen Rücktritte berechtigenden Gründe des HGB. zur Auflösung bringen (vergl. AdlCl. 2006, und Bretschneider a. a. O.). Der Lohnanspruch des Gehilfen, der nach der Konkurseröffnung fällig wird, ist daher als Massekost im Sinne des § 29, lit. c KO. anzusehen; macht der Gehilfe aber wegen ungerechtfertigter Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Masseverwalter Schadenersatzansprüche gegen die Konkursmasse geltend, so ist sein Anspruch ein solcher, welcher nach der Konkurseröffnung aus einer rechtsverbindlichen Handlung des Masseverwalters entstanden ist, daher ist auch dieser Anspruch als Massesschuld, und zwar im Sinne des § 29, Z. 2 zu betrachten (OGH. bei AdlCl. 2006). Der für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung rückständige Gehalt des Handlungsgehilfen genießt das Konkursprivilegium des Lied- und Arbeitslohnes nach § 43, Z. 2 KO., der bezügliche Anspruch hat daher seinen Rang in der ersten Klasse der Konkursgläubiger (GlU. 8634; vergl. GlU. 15.437), einschließlich des Anspruches des Handlungsreisenden auf Ersatz der Reisespesen (GlUNF. 3018). Des Konkursprivilegs des § 43, Z. 2 KO., sind auch alle Ansprüche des Gehilfen wegen vorzeitiger Auflösung des Dienstverhältnisses teilhaftig, mag es sich jetzt um Erfüllungs- oder Schadenersatzansprüche (vergl. oben §§ 4, 10) handeln. (Die Frage ist übrigens bestritten, vergl. Jäger, Kom. zur KO., Anm. 13 zu § 61, dort auch weitere Literatur; a. M. Wilmovsky, Die deutsche RKO., S. 268). Dem Gehilfen wird man wegen des Konkurses des Prinzipals meist ein Recht zum sofortigen Dienstaustritte geben (vergl. AdlCl. 375 [erste Instanz]; Randa, I., S. 221). Indessen wird man hier dem Gehilfen keinen Anspruch auf Schadenersatz zugestehen können, da man nicht sagen kann, daß ihm der Prinzipal durch sein Verschulden Grund zum sofortigen Rücktritte gegeben hat (vergl. oben § 11). Als einen wichtigen, den Prinzipal zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses berechtigenden Grund, kann man die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Prinzipals jedenfalls dann nicht ansehen, wenn das Geschäft von der Masse fortgeführt wird (Frankl a. a. O., S. 155; a. M. OGH. 31. Juli 1901, mitgeteilt bei R. Pollak; Die jüngste Rechtsprechung des OGH. **§ 21.**

Digitized by Google

auf Grund der KO., Jur. Vrtljschr. 1904, S. 102); wird infolge des Konkurses der Gewerbebetrieb eingestellt, so findet auf das Dienstverhältnis mit dem gewerblichen Hilfsarbeiter § 83 GewO. Anwendung (Frankl a. a. O., S. 156).[9]) Gehört zum Inhalt des Engagementvertrages der Auftrag zu Geschäftsbesorgungen, so erlischt dieser Auftrag mit der Eröffnung des Konkurses (§ 1024 ABGB.; Schey, S. 704), aber nicht das ganze Dienstverhältnis; vielmehr kann nunmehr der Masseverwalter dem Dienstverpflichteten neue Aufträge dieser Art erteilen, solange das Dienstverhältnis noch dauert; nur wenn die Geschäftsbesorgung den wesentlichen Inhalt des Dienstverhältnisses bildet (vergl. Schey, S. 492 ff.), so erlischt auch dieses (Wilmovsky a. a. O., S. 114; Jäger, Kom. zur KO., Anm. 10 zu § 22).

§ 22. 7. **Die Zwangsverwaltung des Handelsgeschäftes** bewirkt an sich nicht die Auflösung des Dienstverhältnisses der Handlungsgehilfen (R. Pollak, Zivilpr., S. 766, N. 24, und Neumann, Kom. zur EO., S. 364, für den Fall, daß das Dienstverhältnis bereits angetreten ist). Der Verwalter kann dem Handlungsgehilfen unter denselben gesetzlichen und vertragsmäßigen Fristen wie der Prinzipal kündigen und denselben ebenso wie der Prinzipal bei Vorliegen eines rechtmäßigen Grundes sofort entlassen (vergl. § 343, Abs. 1 EO., und § 4 zu Art. 47). Die Ansprüche der im verwalteten Unternehmen beschäftigten Handlungsgehilfen auf Entgelt jeder Art, die während der Zwangsverwaltung fällig werden oder aus dem letzten Jahre vor deren Bewilligung rückständig sind, hat der Verwalter aus den Bruttoerträgnissen ohne weiteres Verfahren zu berichtigen (§ 344 EO.; vergl. R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 36).

Artikel 63.

Gegen den Prinzipal kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden, wenn derselbe den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt, oder wenn er sich tätlicher Mißhandlungen oder schwerer Ehrverletzungen gegen den Handlungsgehilfen schuldig macht.

Der Artikel gibt einige Beispiele von wichtigen Rücktrittsgründen für den Handlungsgehilfen.

§ 1. 1. **Die Bedeutung dieser Beispiele** besteht darin, daß sie dem Richter einen Anhaltspunkt für sein in Art. 62, Abs. 2 angeordnetes freies Ermessen geben sollen, keineswegs sollen sie ihm eine Schranke sein. Sie sind vielmehr weder erschöpfend noch zwingend (näheres hierüber zu Art. 64).

§ 2. 2. **Die Beispiele selbst** sind:

a) **Nichtgewährung von Gehalt oder Unterhalt.** Darunter wird man aber nur eine wirkliche Verweigerung verstehen können, nicht jede Nichtgewährung, die etwa auf bloßer Vergeßlichkeit beruht, die Verweigerung aber ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden des Prinzipals, so daß eine unrichtige Auffassung über die Verpflichtung zur Gehaltszahlung oder Zahlungsunvermögen nicht entschuldigt (vergl. Art. 62, § 2). Dagegen ist der Austrittsgrund nach § 63 nicht gegeben, wenn der Prinzipal

[9]) Nach § 16 Entw. kann im Falle des Konkurses über das Vermögen des Prinzipals der Masseverwalter unter Beobachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist, der Angestellte innerhalb einer Woche nach Konkurseröffnung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.

Digitized by Google

mit der Auszahlung einer versprochenen, nach billigem Ermessen festzusetzenden Remuneration, über deren Höhe die Beteiligten sich nicht einigen können, bis zur richterlichen Feststellung des gebührenden Betrages wartet (GewGer. 909). Erträgnislosigkeit des Unternehmens berechtigt den bloß gegen Tantièmenbezug angestellten Gehilfen zum Austritte ohne Kündigung (GewGer. 824). Zur Verweigerung des Unterhaltes gehört es auch, wenn dem Gehilfen zu schmale Kost verabreicht wird oder die Arbeitsräume gesundheitsschädlich oder zu finster sind (vergl. jetzt §§ 57 und 64 Entw.).

b) **Tätliche Mißhandlung oder schwere Ehrverletzung.** Die tätliche Mißhandlung braucht hienach nicht schwerer Natur zu sein: jede körperliche Züchtigung ist dem Prinzipal untersagt. Wohl aber muß die Ehrverletzung eine schwere sein. Nicht alles, was nach den §§ 487 ff. StG. als Beleidigung aufzufassen ist, ist eine schwere Ehrverletzung im Sinne dieses Artikels (dagegen AdlCl. 1165; vergl. § 10 zu Art. 64). Tadelnde Bemerkungen, selbst harte Redensarten, selbst ungeeignete, unanständige Worte fallen hierunter nicht, wenn sie nicht wirklich die Ehre des Gehilfen in schwerer Weise verletzen. So z. B. ist die in Prozessen oft zur Sprache gekommene Redensart: „Halten Sie das Maul!" wohl unangemessen, aber nicht notwendig eine schwere Ehrverletzung (GewGer. 145, 905); doch kann in der öfteren Wiederholung solcher Redensarten, unter besonderen Umständen auch schon in dem einmaligen Gebrauche derselben eine so erhebliche Geringschätzung des Gehilfen erblickt werden, daß hiemit das Kriterium erfüllt werden kann. Allerdings ist auf das Verhältnis der Person des Handlungsgehilfen Rücksicht zu nehmen. Mit Rücksicht hierauf wurde die Äußerung des Prinzipals zu seinem Fabriksdirektor: „Halten Sie das Maul, Sie Bummler!" als schwere Ehrverletzung angesehen (AdlCl. 2050). § 3.

3. **Andere Beispiele** sind: Der Tod des Handlungsgehilfen, der ein absoluter Aufhebungsgrund ist; nicht immer auch der Tod des Prinzipals, nämlich dann nicht, wenn der Leistungsinhalt kein wesentlich anderer wird (Hahn, § 2); Konkurseröffnung über das Vermögen des Prinzipals ist unter Umständen ein Aufhebungsgrund für den Gehilfen (ROHG. 19, S. 393); Zumutung gefährlicher oder allzu anstrengender Arbeit oder unsittlicher oder strafbarer Handlungsweise; Mißhandlung durch den Prokuristen oder Mitgehilfen, wenn der Prinzipal nicht schützend eintritt; unsittliche Zumutungen an weibliche Gehilfen; ungerechtfertigte Prokuraentziehung (OLG. Braunschweig in GZ. 37, S. 535). Die bloße Entziehung der Kassagebarung infolge eines, wenn auch nur subjektiv begründeten Mißtrauens des Prinzipals, stellt keine schwere Ehrverletzung dar (GewGer. 978). Verleitung zu gesetzwidrigen Arbeiten kann zwar für den Gehilfen einen Grund zum unverzüglichen Austritt bilden; die bloße — wenn auch gesetzwidrige — Vereinbarung, einmal am Sonntag statt am Samstag zu arbeiten, stellt diesen Austrittsgrund nicht her (GewGer. 1279). § 4.

Artikel 64.

Gegen den Handlungsgehilfen kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden:

1. wenn derselbe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht;

Digitized by Google

2. wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines dritten Handelsgeschäfte macht;
3. wenn derselbe seine Dienste zu leisten verweigert oder ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unterläßt;
4. wenn derselbe durch anhaltende Krankheit oder Kränklichkeit oder durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit an Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
5. wenn derselbe sich tätlicher Mißhandlungen oder erheblicher Ehrverletzungen gegen den Prinzipal schuldig macht;
6. wenn derselbe sich einem unsittlichen Lebenswandel ergibt.

Der Artikel gibt Beispiele von Entlassungsgründen.

§ 1. 1. **Die Bedeutung der Beispiele.** liegt darin, daß sie Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen sein sollen, sie sind aber nicht erschöpfend (ROHG. 4, S. 398; 6, S. 214; 10, S. 185; AdlCl. 2006; GewGer. Graz, AmtlS. 359) und auch nicht zwingend, vielmehr ist auch für diese Fälle nur vorgeschrieben, daß die Aufhebung des Verhältnisses erfolgen „kann" (übereinstimmend Hahn, Wendt, Behrend; LG. Wien bei GewGer. 900). Es kann daher der Richter nach seinem Ermessen auch beim Vorliegen einer der hier aufgezählten Tatbestände aus besonderen Gründen von der Aufhebung des Verhältnisses absehen, so z. B. wenn die Veruntreuung gar zu geringfügig ist, sich etwa auf eine Zigarre oder ein Paar Stoffreste erstreckt, oder wenn der Handlungsgehilfe zu der Ehrverletzung arg provoziert wurde oder sofort um Entschuldigung gebeten hat. Die arge Provokation durch den Prinzipal insbesondere kann sehr wohl geeignet sein, das Verhalten des Gehilfen zu rechtfertigen. Man darf nicht sagen, er müsse sich Genugtuung für die ihm angetane Beleidigung von dem Strafrichter holen, dürfe aber keineswegs beleidigend erwidern (Bolze 13, Nr. 393; vergl. auch Bolze 17, Nr. 417).

§ 2. 2. **Die Beispiele selbst.**

Nr. 1. **Untreue und Vertrauensmißbrauch.** Untreue nach Handelsrecht ist nicht etwa gleichbedeutend mit der Untreue nach dem Strafgesetzbuche (GewGer. 816, 373). Jene liegt viel eher vor. Unter die vorliegende Rubrik fallen: fälschliches Vorgeben von Krankheit bei Dienstversäumnis (HG. Stuttgart in GZ. 21, S. 564; vergl. AdlCl. 1440, wo Überschreitung des Krankheitsurlaubes unter Art. 64, Z. 3 subsumiert wurde); Berechnung von Reisetagen, die nicht zu Handlungsreisen verwendet worden sind (OAG. Lübeck in Busch, Arch. 23, S. 5; OGH. 30. Dez. 1904, ZBl. 1906, Nr. 330), nicht aber einfache Überschreitung der limitierten Reisespesen (AdlCl. 1337); Nichtabführung einkassierter Beträge, trotz Vereinbarung, dieselben abzuführen, in der Absicht, sie auf den künftigen Gehalt zu verrechnen (GewGer. Wien, AmtlS. 150); Ausbedingen oder Beziehen von Provisionen bei Geschäftskunden (AdlCl. 1750; GewGer. Wien, AmtlS. 373)[1]; unbefugtes Eröffnen von Briefen (RG. in ZBl.

[1]) Über die Empfangnahme und das Ausbedingen von Provisionen trifft § 9 in Verbindung mit § 20, Z. 1 Entw., Bestimmungen für Angestellte, die mit dem Abschlusse oder der Vermittlung von Geschäften betraut sind.

Digitized by Google

1900, S. 794); Verrat von Geschäftsgeheimnissen (ROHG. 19, S. 115; GZ. 8, S. 169)[2]); Zuführung von Kunden an Konkurrenten (GewGer. 1105); Verschweigung einer in Abwesenheit des Prinzipales eingelangten Bestellung und Mitteilung an einen Konkurrenten behufs Ausführung (GewGer. 904); Verbreitung ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse des Prinzipals (GewGer. 1026), selbst wenn sie wahr sind (OLG. Kassel in GZ. 42, S. 517), nicht jedoch schon die Anfertigung von Notizen über Einkaufspreise, Adressen oder sonstige Geschäftsvorgänge zum Privatgebrauche, es sei denn, daß ein ausdrückliches Verbot ergangen wäre (LG. Frankfurt in GZ. 34, S. 574; LG. Wien bei GewGer. 900; anders GewGer. 1166), ohne dieses Verbot aber auch dann nicht, wenn der Gehilfe beim Suchen einer neuen Stellung dem künftigen Prinzipal verspricht, ihm diese Notizen nach Antritt des neuen Dienstes zugänglich zu machen (zu weitgehend Busch, Arch. 16, S. 158); Einsendung fingierter oder zweifelhafter Bestellungen durch Reisende (ROHG. 21, S. 393; GewGer. 443); auch schon begründeter Verdacht der Unredlichkeit bei objektiver Pflichtwidrigkeit hat der Praxis genügt (ROHG. 4, S. 398), jedoch wohl mit Unrecht: Verdacht ist kein Beweis und kann wohl Motiv zur Kündigung, aber nicht Grund zur Entlassung sein (LG. Wien bei GewGer. 900). Kein Vertrauensmißbrauch wurde mit Recht vom GewGer. Wien (AmtlS. 143) darin gefunden, daß der Handlungsgehilfe eine ihm bekannt gewordene, von einem anderen Gehilfen desselben Prinzipals begangene Unterschlagung verschwiegen hat.

Nr. 2. **Separatgeschäfte**, z. B. Börsenspekulationsgeschäfte in erheblichem Umfange (ROHG. 16, S. 290), geringfügige Übertretung dieses Verbotes ist kein Entlassungsgrund (ROHG. 19, S. 115). **§ 3.**

Nr. 3. **Dienstverweigerung und Dienstversäumnis.** **§ 4.**

a) **Dienstverweigerung.** Nicht jeder geringfügige Widerspruch gegen einen erteilten Dienstbefehl wird als Weigerung genügen (GZ. 8, S. 167). Auch ist ein baldiges Aufgeben der Weigerung geeignet, dem Widerspruch die zur Vertragsaufhebung führende Spitze abzubrechen. Die Weigerung des Gehilfen, in einem gesundheitsschädlichen Lokale zu arbeiten, ist auch dann nicht unrechtmäßig, wenn das Lokal für den Gehilfen nur infolge seines kränklichen Zustandes gesundheitsschädlich ist (AdlCl. 2176). Eigenmächtige Fortsetzung der nach Befehl des Prinzipals abzubrechenden Reise ist genügender Grund zur sofortigen Entlassung nach § 64, Z. 3 (AdlCl. 1708), nicht aber eigenmächtige Änderung der Reiseroute im vermeintlichen Interesse des Prinzipals (AdlCl. 2000). Die Weigerung zur Verrichtung von Mehrleistungen, die der Prinzipal im Wege einer einseitig geänderten Dienstesordnung auferlegt, bildet keinen Entlassungsgrund (AdlCl. 2026). Die im Laufe einer Auseinandersetzung abgegebene Äußerung: „Unter diesen Umständen kann ich nicht bleiben" ohne tatsächliche Arbeitseinstellung ist nicht als Dienstesverweigerung anzusehen (GewGer. 762).

[2]) Die Folgen des Verrates von Geschäftsgeheimnissen seitens Angestellter sind in den §§ 11 ff. Entw. zu einem Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb (Beil. 2596 AH., 17. Session) normiert.

Digitized by Google

§ 5. b) **Dienstversäumnis.** Sie muß erheblich sein und des rechtmäßigen Grundes entbehren.

a) **Erheblich.** Unter Umständen kann schon eine eintägige Unterbrechung genügen (HAG. München in Busch, Arch. 30, S. 160; jedenfalls eine Unterbrechung von zweieinhalb Tagen [GewGer. Wien, AmtlS. 147]). Unterbrechung der Arbeit während eines halben Tages infolge Trunkenheit wurde bei GewGer. 714 nicht als Entlassungsgrund angesehen. Im Zuspätkommen, welches in Gehaltsprozessen eine große Rolle spielt, sieht die Praxis einen Entlassungsgrund nur dann, wenn der Gehilfe wiederholt zu spät kommt, obgleich ihm für den Fall der Wiederholung die Entlassung angedroht wurde. Bloße Unpünktlichkeit ist kein Entlassungsgrund (Bolze 15, Nr. 277; GewGer. Wien, AmtlS. 148; GewGer. Reichenberg, AmtlS. 51). Große Entfernung des Wohnortes des Handlungsgehilfen vom Geschäftslokale kann auch ein öfteres Zuspätkommen entschuldigen (AdlCl. 1924).

§ 6. β) **Ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund.** Die Frage ist, wann ist ein Hinderungsgrund rechtmäßig? Rechtmäßig heißt: dem Rechte gemäß. Das Recht, das heißt das Gesetz gibt aber Gründe nicht an, die es für rechtmäßig hält. Aus der Natur der Sache aber ist zu entnehmen, daß als rechtmäßig dasjenige Hindernis zu betrachten ist, das in Erfüllung höherer Pflichten seinen Grund hat. Der Handlungsgehilfe ist in solchen Fällen durch eine Art Notstand entschuldigt. Diese höheren Pflichten können verschiedener Art sein. Obenan steht die Pflicht um das Wohl und Wehe der eigenen Person. Es entschuldigt daher Krankheit, wenn sie so erheblich ist, daß der Gehilfe seine Dienste nicht zu leisten vermag. Bloße Nervosität entschuldigt nicht eine Dienstesunterbrechung von zwei Tagen, denn die tägliche Erfahrung lehrt, daß bloße Nervosität den damit Behafteten regelmäßig nicht hindert, seinem Berufe nachzugehen (GewGer. Wien, AmtlS. 147). Auch muß der Gehilfe das Seinige tun, um zu genesen, und darf nicht umgekehrt durch seine Lebensweise den Heilungsprozeß aufhalten (LG. I Berlin bei Perl und Wreschner, 1900, S. 6). Daß er aber auf der Straße gesehen wurde, ist noch kein Beweis, daß er gegen diese Pflicht gefehlt hat. Das gleiche gilt vom Besuchen öffentlicher Lokale, da es Leiden gibt, welche die Arbeitsfähigkeit ausschließen, sehr wohl aber den Besuch öffentlicher Lokale gestatten (Kammergericht bei Perl und Wreschner, 1894, S. 26). Der Gehilfe ist ferner entschuldigt, wenn dringende Sorge um das Wohl seiner Angehörigen ihn abgehalten hat. Nach den Tatumständen ist zu beurteilen, ob es sich um so nahe Angehörige und um eine so schwere Krankheit und um ein so dringendes Bedürfnis seiner Anwesenheit handelte, daß das Ausbleiben für gerechtfertigt erachtet werden kann. Auch religiöse Pflichten können einen rechtmäßigen Hinderungsgrund abgeben, so z. B. wenn der jüdische Handlungsgehilfe an hohen Festtagen ausbleibt. Überall werden hiebei die Anschauungen des Ortes, auch die des Gehilfen in Be-

Digitized by Google

tracht zu ziehen und wird ferner nicht aus den Augen zu lassen sein, daß eine große Anzahl Menschen sich zwar nicht an alle Satzungen der Religion hält, aber dennoch an den hohen Festtagen das Bedürfnis fühlt, den Gottesdienst zu besuchen (diese letztere Erfahrung läßt das Urteil des LG. I Berlin bei Perl und Wreschner, 1890, S. 36, außer Betracht). Jedoch berechtigt ein Feiertag der Konfession des Angestellten diesen nicht, ohne Anzeige vom Geschäfte fernzubleiben (GewGer. 1092). Auch die Sorge um das fernere Fortkommen kann als rechtmäßiger Hinderungsgrund gelten. Es kann dem Handlungsgehilfen nicht verwehrt werden, sich nach erfolgter Kündigung nach einer neuen Stelle umzusehen, und je nach Umständen muß der Prinzipal dem Gehilfen hiezu Gelegenheit gewähren. Wird dies in rigoroser Weise verweigert, so liegt darin, daß der Gehilfe zu diesem Zwecke in einer nach richterlichem Ermessen nicht zu häufigen Weise ausgeht, keine rechtswidrige Dienstunterlassung (GewGer. Wien, AmtlS. 150). In der Entscheidung des GewGer. Wien (AmtlS. 338) wird ein Wiener Handelsgebrauch festgestellt, nach welchem dem Gehilfen zur Aufsuchung eines neuen Dienstpostens einigemale in der Woche die Entfernung auf ein bis zwei Stunden zu gestatten ist; vergl. auch GewGer. 339, 1139). Auch die Betätigung politischer Pflichten (Wahl zum Reichstage) bildet einen rechtmäßigen Hinderungsgrund; desgleichen die Betätigung der allgemeinen Zeugenpflicht.

γ) **Zu beweisen** hat der Prinzipal nicht bloß das Fortbleiben, sondern auch den Mangel des rechtmäßigen Hinderungsgrundes, also insbesondere, daß der Gehilfe nicht krank war (ROHG. 7, S. 262), selbstverständlich nur, soweit es sich um die Rechtfertigung der Entlassung, der Gehaltsverweigerung für die Zukunft handelt. Soweit es sich um den Lohn für die Zeit der Dienstversäumnis selbst handelt, hat der Gehilfe darzulegen, wieso er trotz Nichtleistung der Dienste den Vertrag nicht verletzt habe. Aber auch soweit es sich um die Gehaltsverweigerung für die Zukunft handelt, hilft die freie Überzeugungstheorie dem Prinzipal insofern, als aus der Weigerung des Gehilfen, nähere Angaben über seine Krankheit zu machen, genügende Schlüsse gegen den Gehilfen gezogen werden können. § 7.

δ) Hat übrigens der Gehilfe sein Ausbleiben nicht rechtzeitig entschuldigt, so ist dies schon ein Entlassungsgrund (HAG. Nürnberg in Busch, Arch. 21, S. 351), es sei denn, daß der Hinderungsgrund so beschaffen war, daß der Gehilfe auch behindert war, sich zu entschuldigen. Auch hier hat der Prinzipal zu beweisen, daß der Gehilfe sich nicht entschuldigt hat; denn darin liegt die die Entlassung rechtfertigende Respektlosigkeit. § 8.

Nr. 4. **Anhaltende Krankheit, Freiheitsstrafe oder Abwesenheit.** Wegen des Begriffes der anhaltenden Krankheit ist auf Art. 60 zu verweisen (vergl. auch GewGer. Wien, AmtlS. 210). Als längere Abwesenheit gilt auch Einziehung in den Krieg (vergl. ebd. und Einleitung zu Art. 62). Ekelerregende Krankheiten können ein wichtiger Ent- § 9.

Digitized by Google

lassungsgrund sein, insbesondere wenn der Gehilfe in einem Viktualiengeschäfte angestellt ist (GewGer. Wien, AmtlS. 314), doch fällt dies nicht unter diese Nummer (Ob. Tr. Berlin in GZ. 14, S. 538). Einziehung zu einer achtwöchentlichen militärischen Übung sieht das OLG. Hamburg (in GZ. 40, S. 434) als Aufhebungsgrund an. Das geht zu weit.

§ 10. Nr. 5. **Mißhandlungen oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal** (vergl. hiezu § 3. zu Art. 63 und § 1 zu diesem Artikel). Selbstverständlich hat der Handlungsgehilfe den Prinzipal mehr zu respektieren, als umgekehrt. Auch hier ist die Ehrverletzung nicht vom Standpunkte des Strafrichters zu beurteilen (Bolze 15, Nr. 323; AdlCl. 552, 1683; OGH. in JBl. 1897, Nr. 1). Auch Angriffe gegen die geschäftliche Ehre (Behauptung der Insolvenz des Prinzipals) gehören hieher (GewGer. 1061). Bloßes, unpassendes Benehmen, besonders als erstmalige Ausschreitung, fällt nicht darunter (AdlCl. 2026; OLG. Hamburg in GZ. 42, S. 518); auch nicht ungehörige aber in begründeter Entrüstung getane Äußerungen (GewGer. 1275); auch nicht unpassende Äußerungen, wenn sie gegenüber dritten Personen vorgebracht wurden, z. B. die Äußerung, auf den Prinzipal zu pfeifen (GewGer. Wien, bestätigt vom LG. Wien, AmtlS. 360). Nach erfolgter Kündigung ist jedenfalls ein milderer Maßstab anzulegen (AdlCl. 1914, 2026).

§ 11. Nr. 6. **Unsittlicher Lebenswandel**, z. B. auch bestraftes Hasardspiel (GZ. 8, S. 172); nicht reicht jedoch aus gelegentliche, öffentliches Ärgernis nicht bereitende Vollziehung außerehelichen Beischlafes sowie das Prahlen am Wirtstisch mit Glück bei Frauenzimmern (OLG. Hamburg in GZ. 34, S. 574), auch bei weiblichen Handlungsgehilfen reicht Geschlechtsverkehr, der nicht nach außen hervorgetreten ist und Anstoß nicht erregt hat, nicht aus (Kammergericht bei Perl und Wreschner, 1894, S. 26), wohl aber Geschlechtsverkehr zwischen männlichen und weiblichen Handlungsgehilfen desselben Geschäftes; ebenso Verführung des Dienstmädchens des Prinzipals.

§ 12. 3. **Andere Beispiele.** Wegen derselben vergl. zunächst die Einleitung zu Art. 63. Aufgeführt seien hier: zerrüttete Vermögensverhältnisse des Prokuristen (RG. 12, S. 102), Konkurseröffnung über das Vermögen des Handlungsgehilfen ist je nach der Wichtigkeit der Stellung des Handlungsgehilfen Entlassungsgrund (ROHG. 18, S. 24); Irrtum über die Unbescholtenheit des Gehilfen (GZ. 8, S. 171); grobe Unredlichkeit in der früheren Stellung (RG. bei Puchelt, Anm. 3); mangelhafte Schulbildung, unorthographisches Schreiben (Stadtgericht Frankfurt a. M. in GZ. 14, S. 541); beim Buchhalter schon unleserliche Handschrift; beim Korrespondenten sogar schon unschöne Handschrift; Trunksucht (RG. bei Puchelt, Anm. 3); das Ohrfeigen anderer Gehilfen im Geschäfte; Verleitung anderer Gehilfen zur Untreue oder zur Mißachtung der vom Prinzipal erteilten Aufträge (AdlCl. 1924); ekelerregende Krankheiten unter Umständen (Ob. Tr. Berlin in GZ. 14, S. 538); Beleidigung der Ehefrau des Prinzipals (Busch, Arch. 9, S. 380; GewGer. 441); gröbliche Beschimpfung eines anderen Gehilfen des Prinzipals (GewGer. 144); barsches Benehmen gegenüber den Kunden (GewGer. 441, 442); Eingehen eines anderweitigen Engagements zu einem früheren Termine, als

Digitized by Google

der bestehende Engagementvertrag endet; in solchem Falle braucht der Prinzipal nicht zu warten, bis der Zeitpunkt eingetreten, wo der Gehilfe den mit ihm bestehenden Kontrakt wirklich brechen wird, um den anderen zu erfüllen; Verleiten von Angestellten zur Aufhebung des Dienstverhältnisses und zum Eintritt in ein anderes Geschäft (vergl. ROHG. 19, S. 115); erhebliche falsche Angaben beim Engagement über die Leistungen in der früheren Stellung, wenn die gegenwärtigen Leistungen im schroffen Widerspruche hiezu stehen (vergl. Einleitung zu Art. 62); nicht schon eine unrichtige leicht kontrollierbare Angabe über die Dauer des früheren Engagements (GewGer. 1223); Berechnung zu hoher Vertrauensspesen mit dem Vorwurf der Nörgelei bei Ausstellungen des Prinzipals und Urlaubsüberschreitung (OLG. Dresden in GZ. 34, S. 573).

Artikel 65.

Hinsichtlich der Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, hat es bei den für das Gesindedienstverhältnis geltenden Bestimmungen sein Bewenden.

Wegen der Erläuterung dieses Artikels vergl. § 4 zu Art. 57.

Siebenter Titel.

Von den Handelsmäklern oder Sensalen.[1][2][3]

Artikel 66.

Die Handelsmäkler (Sensale) sind amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte.

Sie leisten vor Antritt ihres Amtes den Eid, daß sie die ihnen obliegenden Pflichten getreu erfüllen wollen.

Das Finanzministerium bestimmt im Einvernehmen mit dem Handelsministerium, ob und mit welchem Betrage die Handelsmäkler Kaution zu leisten haben. Vorher ist, wenn der Handelsmäkler für eine Börse bestellt werden soll, die Börseleitung, sonst die Handels- und Gewerbekammer zu hören.

Einleitung.

Der Artikel stellt den Begriff der Handelsmäkler fest (Abs. 1) und schreibt das Erfordernis ihrer Vereidigung vor (Abs. 2). Ihre Geschäfte sind keine Handels-

[1]) Das HGB. handelt in diesem Titel nur von den amtlichen Handelsmäklern. Über die Rechtsverhältnisse der Privathandelsmäkler, welche gesetzlich nicht geregelt sind, vergl. unseren ersten Zusatz zu Buch I.

[2]) In Österreich hat das Ges. v. 4. April 1875, RGBl. Nr. 68, an die Stelle des siebenten Titels des ersten Buches des HGB. abweichende Bestimmungen gesetzt, in denen zum großen Teile die Bestimmungen des österr. Entw. zum HGB. wieder aufgenommen wurden. Der durch dieses Gesetz eingeführte Text wurde den nachstehenden Erläuterungen zu Grunde gelegt; bei denselben wurden aber die rein administrativen Vorschriften des Gesetzes außer Betracht gelassen.

[3]) Literatur: Grünhut, Mäklergeschäfte in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes III, §§ 308, 309, 310, und in WZ. II, S. 547 ff.

Digitized by Google

geschäfte, sie sind daher nicht Kaufleute (Art. 272, Ziffer 4, Art. 4), die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse aber sind Handelssachen (vergl. § 1 zu Art. 1, und § 39, Z. 1 EinfG. zum HGB.). — Das Institut der amtlich bestellten Handelsmäkler hat sich, wie allgemein bekannt ist, überlebt. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen erweisen sich als unpraktisch. Das in § 7 BörsG. den Handelsmäklern gewährte Vermittlungsmonopol steht lediglich auf dem Papiere, da die nicht zu den Sensalen gehörenden Personen die Vermittlungstätigkeit im Gewande eines Kommissionärs ausüben; das Verbot der Eigengeschäfte wird trotz aller disziplinären Vorschriften übertreten (Canstein, I., S. 391; Behrend, S. 400; Grünhut, WZ. II, S. 570); die durch § 295, Abs. 1 ZPO. aufrechterhaltenen Vorschriften über die Beweiskraft der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler enthalten keine wesentlichen Abweichungen von dem allgemeinen Beweisrechte der ZPO. (vergl. bei Art. 77 und 78). Die einzige praktische Bedeutung, die aus der amtlichen Stellung der Handelsmäkler entspringt, ist deren Mitwirkung bei Feststellung des Börsenkurses. Nach § 8 BörsG. hat nämlich die amtliche Ausmittlung der Kurse der an der Börse umgesetzten Verkehrsgegenstände an jedem Börsetage nach Schluß der Börse auf Grund der von den Handelsmäklern abgeschlossenen Geschäfte und der den Mäklern in Ausübung ihres Amtes bekannt gewordenen Daten unter Aufsicht des Börsekommissärs von Mitgliedern der Börseleitung zu geschehen.

§ 1. 1. (Abs. 1). **Der Begriff der Handelsmäkler.** Sie sind amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte und nehmen hienach eine Doppelstellung ein: vermöge ihres Amtes gehören sie dem öffentlichen Rechte an, durch den Gewerbebetrieb der Geschäftsvermittlung aber treten sie in privatrechtliche Beziehungen zu einzelnen Personen.

§ 2. a) **Sie sind amtlich bestellt.** Durch ihre amtliche Stellung unterscheiden sie sich von den Privathandelsmäklern, was aber nicht dahin aufzufassen ist, daß lediglich die für sie gegebenen Amtsvorschriften es sind, welche sie von den Privathandelsmäklern unterscheiden. Vielmehr wirkt der Umstand, daß sie als Beamte vermittelnd tätig sind, auch auf ihre privatrechtliche Stellung zu den Parteien erheblich ein, wie dies z. B. in den Bestimmungen über ihre Verantwortlichkeit gegenüber beiden Parteien und ihre Gebührenforderung (Art. 81 und 83) zum Ausdrucke gelangt ist (vergl. näheres über diesen Unterschied im ersten Zusatz zu Buch I). Durch § 7 BörsG. würde für den Börseverkehr ein Monopol für Vermittlung zu Gunsten der Handelsmäkler geschäffen (Grünhut in Endemanns Handbuch, III., S. 135).

§ 3. b) **Sie sind Vermittler von Handelsgeschäften.** Das haben sie mit den Privathandelsmäklern gemeinsam.

Als Vermittler übermitteln sie den Konsens der einen Partei an die andere, sie erklären ihn nicht im Namen oder als Vertreter derselben, sie schließen das Geschäft nicht ab, sondern sie bestimmen die Parteien zum Abschluß und bekunden den erfolgten Abschluß (ROHG. 4, S. 412). Doch kann der Mäkler gültigerweise auch als Kommissionär oder als Mandatar bestellt werden; ob dies der Fall, entscheiden die Tatumstände, die Vermutung spricht aber dafür, daß man den Handelsmäkler in seinem gewerbemäßigen Berufe verwenden wolle (Puchelt, Anm. 8). Als Mandatar, nämlich als beauftragt zum Abschluß mit einem einwandfreien Käufer gilt der Mäkler, wenn der Verkäufer dem Mäkler die Schlußnote übergeben hat mit der Klausel: Aufgabe des Käufers vorbehalten (RG. 24, S. 64).

Digitized by Google

Handelsgeschäfte müssen es sein, um die es sich handelt, aber im weitesten Umfange; auch die Stellenvermittlung von Handlungsgehilfen gehört dazu, auch die Vermittlung kaufmännischer Darlehens- und Depotgeschäfte, nicht jedoch Grundstückstransaktionen (vergl. den folgenden Artikel).

2. (Abs. 2.) **Der Eid** ist gemäß Art. 84, IV, vor der politischen Landesbehörde zu leisten. Die Vereidigungsvorschrift ist nicht derart wesentlich, daß das Amtsgeschäft des amtlich angestellten, aber nicht vereideten Handelsmäklers wirkungslos wäre (RG. 18, S. 91).
3. (Abs. 3.) Bezüglich der an einer **landwirtschaftlichen Börse** (über diesen Begriff siehe § 1 des Terminhandelsgesetzes vom 4. Jänner 1903, RGBl. Nr. 10) bestellten Mäkler stehen nach § 4, Terminhandelsgesetz, die gemäß dem Gesetze v. 4. Apr. 1875, RGBl. Nr. 68, vom Finanzminister zu erlassenden Verfügungen den beteiligten Ministerien zu.

Artikel 67.

Die Handelsmäkler vermitteln für Auftraggeber Käufe und Verkäufe über Waren, Schiffe, Wechsel, Münzsorten, Staatspapiere, Aktien und andere Handelspapiere, ingleichen Verträge über Versicherungen, Bodmerei, Befrachtung und Miete von Schiffen, sowie über Land- und Wassertransporte und andere den Handel betreffende Gegenstände.

Durch die übertragene Geschäftsvermittlung ist ein Handelsmäkler noch nicht als bevollmächtigt anzusehen, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

Er ist jedoch auch ohne besondere Vollmacht berechtigt, das Entgelt für Verkehrsgegenstände zu übernehmen, welche den Gegenstand seiner Vermittlung gebildet haben, wenn diese von ihm ausgefolgt werden.

Einleitung.

Es werden in diesem Artikel in Abs. 1 **die Gegenstände der Mäklertätigkeit** aufgezählt, in Abs. 2, der nur in losem Zusammenhange damit steht, wird **eine Vollmachtspräsumtion hinsichtlich der Erfüllungsannahme** abgelehnt, in Abs. 3 wird für einen bestimmten Fall eine solche Vollmachtspräsumtion aufgestellt.

1. (Abs. 1.) **Die Gegenstände der Mäklertätigkeit** sind ebenso mannigfach wie die Gegenstände des Handels: alles, was Gegenstand des Handels bilden kann, kann Gegenstand der Vermittlungstätigkeit sein. Das sagt der Artikel ausdrücklich, und die einzelnen hervorgehobenen Gegenstände sind nur Beispiele. § 1.
2. (Abs. 2.) **Daß der Mäkler an sich nicht zur Erfüllungsannahme legitimiert ist**, ergibt sich aus dem Begriff des Mäklers, dessen Aufgabe sich in der Vermittlung des Vertragskonsenses erschöpft (vergl. § 3 zu Art. 66). Ein entgegengesetztes Handelsgewohnheitsrecht kann sich nicht bilden (vergl. § 6 zu Art. 1). Wohl aber kann durch besonderen Auftrag die Legitimation zur Erfüllungsannahme erteilt werden, und es kann diese Auftragserteilung auch in der Unterwerfung unter einen Handelsgebrauch liegen (ROHG. 11, S. 241). § 2.
3. (Abs. 3.) **Der Mäkler ist zur Erfüllungsannahme unter gewissen Voraussetzungen von Gesetzes wegen ermächtigt**, wenn nämlich die Erfüllung in der Gegenleistung für Objekte, welche den Gegenstand des vom Mäkler § 3.

Digitized by Google

vermittelten Geschäftes gebildet haben, besteht und der Mäkler diese Objekte selbst umgesetzt hat.

Artikel 68.

Die Anstellung der Handelsmäkler geschieht entweder im allgemeinen für alle Arten von Mäklergeschäften oder nur für einzelne Arten derselben.

Sie können nicht nur an Orten, wo Börsen bestehen, sondern überall bestellt werden, wo die Bedürfnisse des Verkehres es wünschenswert machen.

Handelsmäkler, welche ihr Amt an einer Börse auszuüben berufen sind, können dasselbe auch außerhalb der Börse im Börseorte ausüben.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Der Artikel gestattet die an den Börsen übliche Arbeitsteilung.** An der Wiener Börse fungieren besondere Mäkler für das Effekten- und für das Warengeschäft. § 68 des Statutes der Wiener Börse unterscheidet Effektensensale und Warensensale.

§ 2. 2. (Abs. 2.) Die Bestimmung ist **selbstverständlich**, daher überflüssig (Behrend, S. 402).

§ 3. 3. (Abs. 3.) Da aus Art. 84, III., wonach die von der Handels- und Gewerbekammer ernannten Handelsmäkler ihre Amtstätigkeit nicht an den Börsen ausüben dürfen, gefolgert werden könnte, daß die von der Börseleitung ernannten Handelsmäkler ihre Amtstätigkeit nicht außerhalb der Börse ausüben dürfen, wurde, um in dieser Richtung Zweifel zu vermeiden, die Bestimmung des dritten Absatzes aufgenommen, denn in der erwähnten Beschränkung erblickte man eine Gefährdung der Interessen des Handelsmäklers und des handeltreibenden Publikums (Bericht des Ausschusses in der Beilage Nr. 353 zu dem stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses, VIII. Session). Behrend (S. 402) bringt die Bestimmung des dritten Absatzes mit dem Vermittlungsmonopole der Mäkler in Zusammenhang. Es ist jedoch nicht abzusehen, worin dieser Zusammenhang bestehen soll. Wenn der Sensal im allgemeinen auch außerhalb einer Börse am Börseorte vermitteln darf, so bleibt ihm doch verboten, an einer Winkelbörse seine Wirksamkeit auszuüben (Grünhut, WZ. II., S. 567).

Artikel 69.

Die Handelsmäkler sind verpflichtet, die ihnen anvertrauten Geschäfte mit Fleiß, Vorsicht, Genauigkeit, Treue und Redlichkeit und mit Vermeidung alles desjenigen, was das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit und in die Glaubwürdigkeit der von ihnen ausgehenden Urkunden schwächen könnte, zu besorgen.

Sie haben insbesondere folgende Pflichten:

1. Sie dürfen für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen, weder unmittelbar, noch mittelbar, auch nicht als Kommissionäre; sie dürfen für die Erfüllung der Geschäfte, welche sie vermitteln, sich nicht verbindlich machen oder Bürgschaft leisten, alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte.
2. Sie dürfen zu keinem Kaufmanne in dem Verhältnisse eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehilfen stehen,

Digitized by Google

noch auch Mitglied des Vorstandes, Verwaltungsrates oder Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sein.

3. Sie dürfen sich nicht mit anderen Handelsmäklern zu einem gemeinschaftlichen Betriebe der Mäklergeschäfte oder eines Teiles derselben vereinigen; zur gemeinschaftlichen Vermittlung einzelner Geschäfte sind sie unter Zustimmung der Auftraggeber befugt.
4. Sie müssen die Mäklerverichtungen persönlich betreiben und dürfen sich zur Abschließung der Geschäfte eines Gehilfen nicht bedienen; es ist ihnen jedoch gestattet, zur Übernahme von Vermittlungsaufträgen Gehilfen zu verwenden, für deren Gebaren sie verantwortlich sind.
5. Sie sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegenteil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäftes geboten ist.
6. Sie dürfen weder briefliche noch telegraphische Aufträge von Personen, die sich außerhalb des Ortes, für welchen sie bestellt sind, befinden, übernehmen; sie dürfen weder für Personen, welche ihnen nicht persönlich bekannt sind, ohne sich vorher die Überzeugung von ihrer Identität verschaft zu haben, noch für Personen von bekannter Zahlungsunfähigkeit oder von deren Unfähigkeit, bindende Verpflichtungen einzugehen, sie Kenntnis haben, Aufträge übernehmen.
7. Sie dürfen keine Geschäfte vermitteln, rücksichtlich deren der gegründete Verdacht vorliegt, daß die Partei sie nur zum Scheine, oder zur Benachteiligung dritter Personen schließen wolle; ebensowenig dürfen sie an der Börse Geschäfte in solchen Staatspapieren, Aktien oder anderen Handelspapieren vermitteln, welche im amtlichen Kursblatte der Börse nicht notiert sind.
8. Sie müssen an Orten, wo Börsen bestehen, an den Tagen, an welchen sie nach der eingeführten Ordnung die Reihe trifft, während der ganzen Börsezeit an der Börse gegenwärtig sein, oder dafür sorgen, daß ihre Stelle durch einen anderen Handelsmäkler vertreten und diese Vertretung dem Börsekommissär angezeigt werde; zu einer länger als acht Tage dauernden Stellvertretung ist die Bewilligung des Börsekommissärs erforderlich.

§ 1. Der Artikel enthält einige **dienstpolizeiliche Vorschriften für den amtlichen Handelsmäkler.** Die Übertretung derselben hat Bestrafung nach Art. 84c und Entschädigung nach Art. 81 zur Folge, läßt aber die materielle Gültigkeit der abgeschlossenen Geschäfte unberührt, so daß auch der Handelsmäkler aus ihnen klagen und verklagt werden kann. Es ist zwar diese Gültigkeit nur bei Nr. 1 ausdrücklich hervorgehoben, ein arg. e contr. für die übrigen Nummern ist aber nicht statthaft (P. 4367; 119).

Abs. 1 enthält keine disponierende Rechtsnorm, sondern bezeichnet bloß in zutreffender Weise die Tendenz der nachfolgenden Einzelvorschriften und muß deswegen als entbehrlich bezeichnet werden (Behrend, S. 403, Note 6); übrigens

Digitized by Google

ist die Anlehnung an § 5, Abs. 2 Not. Ordng. eine unverkennbare. Im einzelnen ist zu bemerken:

Zu Nr. 1. Das Verbot eigener Handelsgeschäfte umfaßt

§ 2. a) den unmittelbaren Abschluß derselben. Damit ist vorzugsweise der gewerbemäßige Handelsbetrieb gemeint, sowohl als Eigen- wie als Kommissionshandel, als Einzelkaufmann oder offener Gesellschafter; aber auch ein einzelnes Geschäft, welches auf Seiten des Mäklers Handelsgeschäft wäre (Behrend, § 57), wogegen ihm selbstverständlich der Ankauf von Wertpapieren als Vermögensanlage nicht untersagt ist (Gareis-Fuchsberger, S. 192, Note 43; darüber, wie wenig in Praxis diese Vorschriften, insbesondere das Verbot des Kommissionshandels befolgt werden, siehe bei Grünhut, WZ. II., S. 571);

§ 3. b) den mittelbaren Abschluß, wozu die Beteiligung als Kommittent, unter Umständen auch als Kommanditist, stiller Gesellschafter, Gelegenheitsgesellschafter, ja sogar als Aktionär gehört (Behrend, § 57; dagegen Grünhut, WZ., II., S. 571).

Zu Nr. 2. Es ist den Handelsmäklern die Annahme der Stellung eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehilfen verboten, auch die Übernahme des Amtes als Vorstand oder Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft oder Aktienkommanditgesellschaft; dies ist analog auch auf das Amt eines Liquidators einer solchen Gesellschaft auszudehnen, ebenso auf das Amt eines Geschäftsführers oder Aufsichtsrates einer Gesellschaft m. b. H. Einzelne Mandate jedoch, die sich nicht im Rahmen der Maklertätigkeit bewegen, sind sie anzunehmen befugt (Behrend a. a. O.).

Zu Nr. 3. Was die Erlaubnis zur gemeinschaftlichen Vermittlung einzelner Geschäfte unter Zustimmung der Auftraggeber betrifft, so bestehen auch für eine solche Vermittlung die örtlichen Grenzen, welche durch die Anstellung als Handelsmäkler für einen bestimmten Bezirk gegeben sind (RG. in Strafsachen, 26, S. 402).

§ 4. **Zu Nr. 4.** Für die Ausübung ihrer Vermittlertätigkeit dürfen sie keine Substituten bestellen, weil ein Amt nicht übertragbar ist. Würden sie das aufgetragene Geschäft durch einen Substituten vermitteln lassen, so wäre das Geschäft zwar gültig, aber nicht als durch einen Handelsmäkler geschlossen anzusehen (Grünheit bei Endemann, III., S. 146). Doch können sie für mechanische Verrichtungen und Kontordienste sowie für die Vorbereitung des Geschäftes Gehilfen engagieren (P. 120); das Engagement solcher Gehilfen ist kein Handelsgeschäft, weil die Handelsmäkler nicht Kaufleute sind (vergl. Einleitung zu Art. 66), und die Gehilfen sind keine Handlungsgehilfen, was für ihre Dienstverhältnisse, insbesondere mit Bezug auf ihre Kündigungsfrist wichtig werden kann.

Der zweite Satz, daß die Mäkler zur Übernahme von Vermittlungsaufträgen Gehilfen verwenden dürfen, ist keine Einschränkung der im ersten Satze enthaltenen Bestimmung, sondern eine Einschränkung der in Punkt 6 nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes enthaltenen Bestimmung, daß die Mäkler den Vermittlungsauftrag nur im Wege der persönlichen Erklärung entgegennehmen dürfen (Behrend, S. 406, Note 23).

Zu Nr. 6. Nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes ist die Übernahme von brieflichen und telegraphischen Aufträgen nur verboten, wenn sich der Auftraggeber außerhalb des Amtsortes des Handelsmäklers befindet (vergl. Beilage Nr. 353 zu den stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses, VIII. Session;

Digitized by Google

a. M. Randa, I., S. 236). Die Konsenserklärung der Parteien darf der Mäkler nur persönlich entgegennehmen, also weder durch Brief noch Telegramm, auch nicht durch seine Gehilfen, was sich schon aus Z. 4 ergibt; dagegen kann sich der Mäkler immer mit einer stillschweigenden Konsenserklärung begnügen (Grünhut bei Endemann, III., S. 150). Für die Übertretung der weiteren, teilweise dem § 34 Not. Ordng. entsprechenden Bestimmung ist ein zivilrechtliches Präjudiz nicht aufgestellt. Der Umstand allein, daß der Mäkler das Geschäft mit einer insolventen Person abgeschlossen hat, legt ihm noch keine Haftung auf. Dieselbe muß nach Art. 81 begründet sein, was nicht der Fall ist, wenn der Mäkler die Insolvenz des einen Kontrahenten dem anderen angezeigt hat (Grünhut bei Endemann, III., S. 151).

Zu Nr. 7. Die im ersten Satze enthaltene Vorschrift stimmt fast wörtlich mit der des § 34, Abs. 1 Not. Ordng. überein. Die im zweiten Satze enthaltene Vorschrift bezieht sich nicht auf Vermittlungen außerhalb der Börse (Behrend, S. 407, Note 26; Blaschke-Pitreich, S. 93). § 5.

Zu Nr. 8. Neben der Präsenzpflicht der für Börsen bestellten Handelsmäkler besteht auch eine Kontrahierungspflicht derselben, die sich als ein Korollar ihres Vermittlungsmonopoles darstellt. Die an Börsen bestellten Mäkler dürfen außerhalb den in Z. 6 und 7 aufgezählten Fällen ihre Mitwirkung niemandem verweigern, widrigen Falls sie sich nach Art. 81 schadenersatzpflichtig machen würden (Grünhut, WZ., S. 576; Riesenfeld, GZ. 1893, Nr. 35, Note 8). § 6.

Artikel 69 a.

Der Handelsmäkler ist, unbeschadet der Gültigkeit des abgeschlossenen Geschäftes, nur dann berechtigt, den Namen seines Auftraggebers nicht zu nennen, wenn er von diesem angemessene Deckung erhalten hat oder mit voller Beruhigung erwarten kann.

Falls er angemessene Deckung nicht erhalten hat, haftet er demjenigen, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat, für den Schaden, welcher diesem daraus erwächst, daß das Geschäft durch Schuld des Handelsmäklers nicht mit einer Person abgeschlossen wurde, welche volle Beruhigung zu gewähren geeignet war.

1. **Der Mäkler ist grundsätzlich verpflichtet, den Namen seines Auftraggebers der anderen Partei zu nennen**, wie auch umgekehrt. Dies folgt schon aus den Bestimmungen der Art. 72 und 73 über die Eintragungen ins Tagebuch und die Zustellung der Schlußnoten, wie auch aus der Erwägung, daß in anderem Falle dem Mäkler das Recht des Selbsteintrittes faktisch gewährt wäre (Grünhut bei Endemann, III., S. 149). Das Gesetz führt jedoch dieses Prinzip nicht konsequent durch, sondern gestattet in Abs. 1 dieses Artikels unter einer bestimmten Voraussetzung den anonymen Geschäftsabschluß und stellt in Abs. 2 ein zivilrechtliches Präjudiz für den Fall auf, daß der Geschäftsabschluß anonym vorgenommen wird, ohne daß die Voraussetzung, unter welcher dies ausnahmsweise gestattet wird, vorliegt. § 1.
2. (Abs. 1.) **Der Mäkler ist zum anonymen Geschäftsabschlusse berechtigt,** wenn er von seinem Auftraggeber angemessene Deckung erhalten hat oder mit voller Beruhigung erwarten kann. Es wird also entweder vorhergehende Deckung oder Kreditwürdigkeit des Auftraggebers gefordert. § 2.

Digitized by Google

3. (Abs. 2.) **Die Folgen des anonymen Geschäftsabschlusses ohne diese Voraussetzung** bestehen nicht darin, daß der Mäkler wie der Kommissionär nach Art. 376, Abs. 3 auf Erfüllung haftet — dies stünde ja mit Art. 69, Z. 1 im Widerspruche — sondern er haftet für den Schaden, der daraus entsteht, daß das Geschäft nicht mit einer Person geschlossen wurde, die volle Beruhigung gewähren kann (Grünhut bei Endemann, III., S. 148), was sich übrigens schon aus Art. 81 ergeben würde. Der Sache nach handelt es sich freilich um eine Klage auf Erfüllung, aber sie tritt im Gewande einer Schadenersatzklage auf; daher kommen auch die in Ansehung einer solchen geltenden Rechtssätze zur Anwendung, z. B. die Verjährung des § 1489 ABGB. (vergl. Grünhut a. a. O.).

§ 4. 4. Was die **rechtliche Natur der vorhergegangenen Deckung** betrifft, so liegt in derselben nicht eine Pfandbestellung für eine Forderung des Mäklers gegen den Auftraggeber, denn ersterer ist nicht Gläubiger des letzteren, sondern eine antizipative Erfüllung der vom anonymen Auftraggeber gegenüber dem dritten Kontrahenten einzugehenden Verpflichtung. Bloß für den Fall, als die zur Deckung übergebenen Gegenstände mit dem Erfüllungsgegenstande nicht übereinstimmen, liegt in der Übergabe dieser Deckung an den Mäkler neben dem Hauptauftrage, das Geschäft zu vermitteln, ein Nebenauftrag, für den Fall der Insolvenz des Auftraggebers sich aus der Deckung die zur Ausführung des Hauptauftrages nötigen Mittel zu verschaffen. Dieser Nebenauftrag kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht widerrufen werden, sobald der Hauptauftrag vollzogen oder in Ansehung desselben nicht mehr res integra vorhanden ist (dies aus Grünhut bei Endemann, III., S. 148).

§ 5. In der Praxis ist die Mehrzahl der von den Sensalen vermittelten Geschäfte anonym. Nach den Einrichtungen der Wiener Börse ist jedoch der Sensal gezwungen, anonym geschlossene Geschäfte genau so zum Arrangement aufzugeben, wie jeder andere Börsebesucher, als ob er den Gegenstand des vermittelten Geschäftes von dem einen Kontrahenten gekauft und an den anderen verkauft hätte, so daß äußerlich die Vermittlung nicht zu erkennen ist und das Geschäft so aussieht wie eine Spekulation des Sensals (Weishut, S. 209). Trotzdem muß das vom Sensal vermittelte Geschäft sowohl in materiell- als steuerrechtlicher Beziehung seiner wahren Natur nach beurteilt werden; der Sensal kann die Haftung aus dem Geschäfte, wenn er nach Art. 69 a, Abs. 1 vorgegangen ist, ablehnen (vergl. Weishut a. a. O.). Über die steuerrechtliche Behandlung der vom Sensale vermittelten anonym abgeschlossenen Arrangementgeschäfte disponiert § 9, Abs. 2 des Ges. v. 9. März 1897, RGBl. Nr. 195.

Artikel 70.

Die politische Landesbehörde kann den Handelsmäklern dort, wo sich das Bedürfnis äußert, das Befugnis erteilen, öffentliche Versteigerungen von Waren und Handelspapieren abzuhalten, welche den Gegenstand ihrer Vermittlungsgeschäfte bilden.

Handelsmäklern, welche Schiffsmäkelei betreiben, kann gestattet werden, den Schiffern im Einziehen oder Vorschießen der Frachten und Unkosten als Abrechner oder in anderer ortsüblicher Weise Hilfsdienste zu leisten.

Digitized by Google

1. (Abs. 1). Unter öffentlichen Versteigerungen sind sowohl exekutive (vergl. § 268 EO.) als auch freiwillige verstanden. Nach dem HGB. sind die Handelsmäkler befugt, den in Art. 311, 348, 348, 354, 365, 366, 387, vorgesehenen nicht öffentlichen Verkauf mit Rechtswirksamkeit vorzunehmen (vergl. Grünhut bei Endemann, III., S. 138).
2. (Abs. 2). In Berücksichtigung eines dringenden Verkehrsbedürfnisses ist mit § 2. der in diesem Absatz vorgesehenen Gestattung eine Ausnahme von Nr. 1 und 2 des Art. 69 gemacht. Wird die hier fragliche Verrichtung dem Handelsmäkler aufgetragen, so fungiert derselbe insoweit nicht als Handelsmäkler, weder mit den Privilegien noch mit den Beschränkungen desselben, so daß er für solche Geschäfte auch Substituten bestellen kann.

Artikel 71.

Der Handelsmäkler muß außer seinem Handbuche auch ein Tagebuch (Journal) führen, in welches letztere alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen sind. Das Eingetragene hat er täglich zu unterzeichnen.

Das Tagebuch muß vor dem Gebrauche Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet und dem Börsekommissär, beziehungsweise in Ansehung der Mäkler, welche nicht für Börsen bestellt sind, der Gewerbsbehörde vorgelegt werden, welche den Namen des Mäklers, für welchen es bestimmt ist, die Zahl der Blätter und den Tag der Beglaubigung anzumerken und das Tagebuch mit einer Schnur zu durchziehen haben, deren Enden amtlich zu siegeln sind.

Ist das Tagebuch vollgeschrieben, so hat der Handelsmäkler dasselbe behufs Erlangung eines neuen dem Börsekommissär, beziehungsweise der Gewerbsbehörde, vorzulegen, welche es dem Handelsmäkler nach erfolgter Vidierung zurückzustellen haben.

Die amtlichen Handelsmäkler haben ein **Handbuch und ein Tagebuch** zu führen, ersteres zur sofortigen Notiz, letzteres zur dauernden Fixierung der Geschäfte. Beide Bücher sind obligatorisch. Doch ist über die Beschaffenheit des ersteren nichts vorgeschrieben, weil im Gedränge der Börse auf Erfüllung von Formen nicht geachtet werden kann (P. 127).

In das Tagebuch sind die durch die Mitwirkung des Handelsmäklers abgeschlossenen Geschäfte einzutragen. Spätere Änderungen und Aufhebungen gehen ihn nichts an (P. 151). Die Eintragung braucht nicht eigenhändig zu erfolgen, wohl aber die Unterzeichnung, letztere aber nicht unter jedem einzelnen Posten, vielmehr kann eine Unterschrift alle Eintragungen des Tages decken.

Artikel 72.

Die Eintragungen in das Tagebuch müssen die Namen der Kontrahenten, die Zeit des Abschlusses, die Bezeichnung des Gegenstandes und die Bedingungen des Geschäftes, insbesondere bei Verkäufen von Waren die Gattung und Menge derselben, sowie den Preis und die Zeit der Lieferung enthalten. An Börseorten ist auch anzugeben, ob das Geschäft in oder außerhalb der Börse geschlossen wurde.

Digitized by Google

Wenn ein geschlossener Vertrag durch Einverständnis der Parteien vor seiner Erfüllung aufgehoben wird, so ist auf ihr Begehren diese Übereinkunft in das Tagebuch einzutragen.

Die Eintragungen müssen in einer Sprache, welche bei den Gerichten des Ortes zulässig ist, geschehen; sie müssen nach Ordnung des Datums, mit besonderer fortlaufender Zahlenbezeichnung und ohne leere Zwischenräume erfolgen.

Die Bestimmungen über die Einrichtung der Handelsbücher (Art. 32) finden auch auf das Tagebuch des Mäklers Anwendung.

Die Form des Tagebuches. Dazu ist nur zu bemerken:

1. daß unter der Zeit des Abschlusses in Abs. 1 prinzipiell nur das Datum, auf Verlangen des Kontrahenten oder nach Eigenart des Falles auch die Stunde zu verstehen ist (P. 132; Blaschke-Pitreich, S. 95). Auch die chronologische Reihenfolge nach Abs. 3 bezieht sich nicht auf die Stunde;
2. daß Zahlen mit Ziffern, nicht etwa bloß mit Worten, angegeben werden können; ein nach dieser Richtung gestellter Antrag wurde abgelehnt (P. 126);
3. daß die Vorschrift über die Sprache von der für sonstige Handelsbücher gegebenen Vorschrift abweicht. Das Tagebuch muß nämlich in einer solchen Sprache geführt werden, welche bei den Gerichten des Ortes zulässig ist, das heißt in einer Sprache, in welcher gerichtliche Eingaben verfaßt werden dürfen, die das Gericht anzunehmen verpflichtet ist (Blaschke-Pitreich, S. 95). Demzufolge müssen auch die Schriftzeichen regelmäßig diejenigen sein, deren man sich für diese Schrift bedient.[1])
4. Die Eintragung des durch mutuus dissensus der Parteien rückgängig gemachten Geschäftes ist nicht obligatorisch vorgeschrieben, sondern hat nur über ausdrückliches Verlangen der Parteien stattzufinden (Abs. 2).

Artikel 73.

Der Handelsmäkler muß ohne Verzug nach Abschluß des Geschäftes jeder Partei eine von ihm unterzeichnete und mit der Zahl, mit welcher das Geschäft in sein Tagebuch eingetragen ist, versehene Schlußnote, welche die in dem vorhergehenden Artikel als Gegenstand der Eintragung bezeichneten Tatsachen enthält, zustellen.

Die Aufnahme des Namens der Parteien in die Schlußnote ist jedoch in dem im Art. 69a bezeichneten Falle nicht notwendig.

Bei Geschäften, welche nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei das von der anderen unterschriebene Exemplar zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so muß der Handelsmäkler davon der anderen Partei ohne Verzug Anzeige machen.

---

[1]) § 73 des Statutes für die Wiener Börse schreibt Buchführung in deutscher Sprache vor.

Digitized by Google

In dem im Art. 69a erwähnten Falle hat der Handelsmäkler die von den Parteien unterfertigten Schlußnoten aufzubewahren und jeder Partei, welcher der Name der anderen Partei unbekannt bleiben soll, bloß von ihm unterfertigte Schlußnoten zuzustellen.

Der Artikel handelt von den durch den Handelsmäkler zuzustellenden **Schlußnoten.**

Die rechtliche Bedeutung dieser Vorschriften, über welche das Gesetz nichts ausdrücklich sagt, besteht § 1.

a) **für die Parteien** lediglich darin, daß ihnen für die abgeschlossenen Geschäfte Beweismittel gesichert werden. Die Gültigkeit des Geschäftes hängt aber von der Aushändigung, Annahme oder Unterschrift der Schlußnote nicht ab (vergl. Art. 76), auch begründet die Annahme der Schlußnote keine gesetzliche Vermutung für die Genehmigung des Geschäftsabschlusses (ROHG. 13, S. 295), jedoch sicherlich eine erhebliche faktische Vermutung, in der Regel wird sie sogar als Zustimmung zum Geschäfte zu betrachten sein (Dernburg, Preußisches Privatrecht 2, § 190, Anm. 8).

b) **Für den Mäkler** haben die Vorschriften die Bedeutung von Disziplinarvorschriften, deren Übertretung Bestrafung nach Art. 84c nach sich ziehen kann, aber auch Schadenersatzpflicht nach Art. 81, so z. B., wenn eine Partei aus der Nichtzusendung des Schlußscheines zu der Annahme berechtigt erschien, das Geschäft sei nicht abgeschlossen, und infolgedessen anderweit abgeschlossen hat, oder wenn er die Schlußnote verfrüht zugestellt und dadurch die Partei von dem anderweiten Abschluß abgehalten hat (GZ. 34, S. 575).

Der Inhalt dieses Artikels gibt zu Bemerkungen wenig Anlaß.

Zu Abs. 1 ist zu erwähnen, daß die Schlußnoten nicht alle eingetragenen, sondern § 2.
alle einzutragenden Tatsachen enthalten sollen, bis auf dasjenige, was dem anderen Teile zu verschweigen ist, also nicht im Falle des Art. 69a den Namen der anderen Partei; was in diesem Falle zu geschehen hat, regelt der letzte Absatz. „Ohne Verzug" bedeutet überhaupt eine durch den ordnungsmäßigen Geschäftsgang gebotene Schleunigkeit (vergl. ROHG. 2, S. 234).

Zu Abs. 3. Unter den hier vorgesehenen Fällen sind die Zeitgeschäfte gemeint, § 3.
das heißt diejenigen, bei welchen abredegemäß erst zu einem späteren Zeitpunkte erfüllt, das heißt geliefert werden soll. Soll sofort geliefert, der Kaufpreis aber kreditiert werden, so greift die Vorschrift nicht Platz (vergl. Grünhut, WZ., II., S. 579).

Artikel 74.

Der Handelsmäkler ist, unbeschadet des Art. 69a, verpflichtet, den Parteien zu jeder Zeit auf Verlangen beglaubigte Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die alles enthalten müssen, was von dem Mäkler in Ansehung des die Parteien angehenden Geschäftes eingetragen ist.

Dritten braucht der Handelsmäkler solche Auszüge nicht zu erteilen, er darf es auch nur mit Bewilligung der Parteien (Art. 69, Ziffer 5). Im Falle des Art. 69a ist der Name der anderen Partei in den Auszug nicht aufzunehmen.

Digitized by Google

Artikel 75.

Wenn ein Handelsmäkler stirbt, oder aus dem Amte scheidet, so ist sein Tagebuch, wenn der Mäkler an einer Börse bestellt war, bei dem Börsekommissär, sonst aber bei der Gewerbsbehörde niederzulegen.

Der Handelsmäkler hat, solange er im Amte ist — nicht bloß zehn Jahre wie der Kaufmann — seine Bücher selbst aufzubewahren, alsdann verwahrt sie die Behörde. Dieser Fall tritt schon bei zeitweiligem Ausscheiden aus dem Amte (Suspension) ein (P. 132). Vergl. § 74 des Statutes der Wiener Börse.

Artikel 76.

Der Abschluß eines durch Handelsmäkler vermittelten Vertrages ist von der Eintragung desselben in das Tagebuch oder von der Aushändigung der Schlußnoten unabhängig.

Diese Tatsachen dienen nur zum Beweise des abgeschlossenen Vertrages.

Will eine Partei bezüglich eines für sie vermittelten Geschäftes das Tagebuch einsehen, so hat es der Mäkler zwar unbeschadet des Art. 69 a zu gestatten; doch darf die Einsichtnahme nur in solcher Weise gepflogen werden, daß die Partei bloß von dem sie betreffenden Geschäfte Kenntnis erhalten kann.

Dritten Personen darf nur infolge amtlicher Aufträge oder mit Zustimmung der Parteien die Einsicht des Tagebuches in der vorstehenden Weise gestattet oder ein Auszug aus demselben erteilt werden.

Einleitung. Der Artikel stellt den Grundsatz auf, **daß die Beurkundungen des Mäklers von Gesetzes wegen nur als Beweismittel gelten sollen.** Für die Perfektion des Vertrages sind lediglich die allgemeinen Grundsätze über Willenseinigung maßgebend, und zwar:

§ 1. 1. Die Willenseinigung muß zwischen den Parteien erzielt sein. Da nun in der Regel auch die Person des Käufers dem Verkäufer nicht gleichgültig ist, so gilt der Vertrag erst dann als perfekt, wenn der Käufer dem Verkäufer genannt und von ihm akzeptiert ist (ROHG. 7, S. 105), außer wenn der Mäkler im Sinne des Art. 69 a ausdrücklich erklärt, er wolle den Namen des Auftraggebers nicht nennen, und der andere Kontrahent einverstanden ist, mit einem ihm Unbekannten abzuschließen. Es geschieht übrigens häufig, daß der Mäkler ermächtigt ist, selbst die Zustimmung zu erklären, worin jedoch mehr als Mäkleraufträg liegt (vergl. § 3 zu Art. 66).

§ 2. 2. Ist der Vertrag perfekt, so kommt es nach vorstehendem Artikel weder auf die Eintragung in das Tagebuch noch auf die Auswechslung der Schlußnoten an. Der einseitige Rücktritt ist dann nicht mehr zulässig und weder Nichtaushändigung noch Zurückweisung oder verweigerte Vollziehung der Schlußnote alteriert das Geschäft.

§ 3. 3. Durch den Willen der Parteien (vergl. § 884 ABGB.) — nicht durch Gewohnheitsrecht (§ 6 zu Art. 1) — kann aber auch den Schlußnoten eine höhere Bedeutung beigelegt werden. Die Bestimmung dieses Artikels ist nur dispositiv. Es kann auch der Abschluß mit der Auswechslung der Schlußnoten zusammenfallen, wenn vorher ein Konsens nicht vorhanden war; es kann auch in der widerspruchslosen Annahme

Digitized by Google

der Schlußnote unter Umständen eine Genehmigung des Geschäftes erblickt werden (vergl. § 1 zu Art. 73). Doch wird die Verabredung allein, daß die Schlußnoten gewechselt werden sollen, nicht dahin gedeutet werden können, daß die Schlußnote zur Gültigkeitsbedingung erhoben werden sollte (vergl. Saxl, S. 137). Solches muß vielmehr klar erhellen (vergl. zu Art. 317).

4. Das Recht der Partei, Einsicht in das Tagebuch zu nehmen, würde sich schon aus Art. 74 ergeben, und die Beschränkung dieses Rechtes durch die Bestimmung des Art. 69 a ist selbstverständlich. § 4.

Dritten Personen darf der Mäkler Einsicht in das Tagebuch nur über amtlichen Auftrag oder mit Zustimmung der beteiligten Parteien gewähren. Diese können die Zustimmung natürlich nur hinsichtlich jener Eintragungen gewähren, auf deren Einsicht sie selbst ein Recht haben. § 5.

Artikel 77.[1])

Das ordnungsmäßig geführte Tagebuch, sowie die Schlußnoten eines Handelsmäklers liefern in der Regel den Beweis für den Abschluß des Geschäftes und dessen Inhalt.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte des Tagebuches und der Schlußnoten ein geringeres Gewicht beizulegen, ob die eidliche Bestärkung durch den Mäkler oder andere Beweise zu fordern, ob insbesondere die Weigerung einer Partei, die Schlußnote anzunehmen oder zu unterzeichnen, für Beurteilung der Sache von Erheblichkeit sei.

§ 295, Abs. 1 ZPO.: „Die Voraussetzungen, die Dauer und das Maß der Beweiskraft . . . der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler sind nach den bestehenden Gesetzen zu beurteilen. Eine erforderliche Ergänzung des Beweises kann nur durch die nach diesem Gesetze zulässigen Beweismittel erfolgen."

Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler sind öffentliche Urkunden im Sinne des § 292 ZPO., da sie von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises errichtet sind (Heyßler in WZ., XIII., S. 80).[2]) Der Beweis durch Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler wäre daher an sich nach den Vorschriften der jeweiligen ZPO., über den Beweis durch öffentliche Urkunden zu beurteilen. Diese Konsequenz haben jedoch die verschiedenen Gesetzgebungen nicht gezogen. Mannigfache Gründe, insbesondere die Erwägung, daß man dem Handelsmäkler infolge seines Interesses an der Mäklergebühr nicht jene Unparteilichkeit zutrauen könne, die man sonst von einem öffentlichen Beamten erwartet, führten dazu, daß im HGB. die Beweiskraft der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler gegenüber der der öffentlichen Urkunden dadurch eingeschränkt wurde, daß dem Richter hinsichtlich der Beweiswürdigung ein gewisses freies Ermessen eingeräumt wurde.[3]) § 1.

---

[1]) Literatur: Ullmann, Zur Lehre vom Beweise durch Mäklerbücher (Mitteilungen des Prager Juristenvereines, 4. Jahrg., Heft 17).

[2]) § 112 der josefinischen Gerichtsordnung verfügte, daß die Bücher der gehörig aufgenommenen Sensale, wenn sie vorschriftsmäßig geführt sind, für öffentliche Urkunden zu halten sind (vergl. Ullmann, a. a. O.).

[3]) Allerdings ging die Kommission bei Aufstellung der in Rede stehenden Bestimmungen nicht von dem Gedanken aus, daß die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde

Digitized by Google

Die österreichische Neuredaktion des 7. Titels steht auf demselben Standpunkte, trotzdem in derselben die amtliche Stellung des Handelsmäklers bedeutend schärfer als im HGB. zum Ausdrucke gebracht wurde. Liegt also in der Aufrechthaltung der Bestimmungen des HGB. über die Beweiskraft der Handelsbücher — wenigstens nach der Absicht des Gesetzgebers — eine Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung bei Privaturkunden zu Gunsten der Beweiskraft der Handelsbücher, so sehen wir hier eine Ausdehnung der freien richterlichen Beweiswürdigung auf öffentliche Urkunden, wodurch die ihnen sonst zukommende Beweiskraft geschwächt werden sollte.

§ 2. **Die Schwächung der den öffentlichen Urkunden sonst zukommenden Beweiskraft geht aber nicht so weit, daß die Beurteilung derselben vom Gesetze vollkommen dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleibt**; es wird vielmehr in Abs. 1 als Regel aufgestellt, daß Tagebücher und Schlußnoten vollständigen Beweis liefern (im Gegensatze zu Art. 34, wo als Regel der unvollständige Beweis angenommen wird), und im 2. Absatze wird dem Richter das Recht eingeräumt, den Tagebüchern und Schlußnoten ausnahmsweise eine geringere Beweiskraft beizulegen. Das im 2. Absatze dem Richter eingeräumte freie Ermessen geht übrigens so weit, daß wir in der Aufrechterhaltung des Art. 77 nur den einen positiven Rechtssatz erblicken können, daß auf Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler die Bestimmung des § 292 ZPO. über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden keine Anwendung findet; hätte das Gesetz sich mit diesem Ausspruche begnügt und den allgemeinen Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch in Ansehung der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler für anwendbar erklärt, so würde der Richter bei vernünftiger Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der amtlichen Stellung des Handelsmäklers, wohl stets zu demselben Ergebnisse gelangen wie bei Anwendung der Beweisregeln des Art. 77 (vergl. R. Pollak, Zivilpr. S. 589).

§ 3. **Über die Ergänzung des Beweises** vergl. die Bemerkungen bei § 7 zu Art. 34.

§ 4. **Die in Art. 77 geregelte Beweiskraft kommt den Tagebüchern und Schlußnoten der Handelsmäkler nur unter der Voraussetzung zu,** wenn sich der Handelsmäkler innerhalb seiner örtlich und sachlich festgesetzten Kompetenz hält. Andernfalls handelt er nicht als Amtsperson. Die Beweiskraft der Tagebücher und Schlußnoten in Ansehung der widerrechtlich vermittelten Geschäfte bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der ZPO. über die Beweiskraft von Privaturkunden (vergl. Grünhut bei Endemann, III., S. 141). Mit Rücksicht darauf, daß auch von dritten am Prozesse nicht beteiligten Personen herrührende Privaturkunden der freien richterlichen Beweiswürdigung unterworfen sind (§ 294 ZPO.), kann man heute nicht mehr mit Grünhut (a. a. O.) behaupten, daß Aufzeichnungen des Mäklers rücksichtlich der außerhalb seines Amtskreises verbotswidrig entfalteten Tätigkeit jede Beweiskraft fehlt.

— —

geschwächt, sondern von dem Gedanken, daß die einer privaten gehoben werden sollte (P. 134). Es muß daher angesichts dieser klaren Absicht des Gesetzgebers als richtig bezeichnet werden, wenn in der deutschen Wissenschaft des früheren deutschen Handelsrechtes nach Aufhebung der Art. 77 und 78 die Ansicht ausgesprochen wurde, daß auf die Beweiskraft der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler nicht die Bestimmungen über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden (§ 415 d. ZPO.), sondern diejenigen über die Beweiskraft privater Urkunden (§ 286 d. ZPO.) Anwendung finden, bei der Beweiswürdigung jedoch auf die amtliche Eigenschaft des Handelsmäklers Rücksicht zu nehmen sei (vergl. Staub, 5. Aufl., S. 137; Behrend, S. 411; Endemann, S. 688; Grünhut bei Endemann III, S. 139).

Digitized by Google

Artikel 78.

Das Tagebuch eines Handelsmäklers, bei dessen Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, kann als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach Lage der Sache als geeignet erscheint.

Dieser Artikel enthält eine Bestimmung über die Voraussetzung der Beweiskraft, ist daher durch § 295 ZPO. aufrechterhalten; inhaltlich entspricht er dem § 296 ZPO. (vergl. die Bemerkungen bei Art. 35 HGB.)

Artikel 79.

Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter, selbst ohne Antrag einer Partei, die Vorlegung des Tagebuches verordnen, um dasselbe einzusehen und mit der Schlußnote, den Auszügen und anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Die Vorschrift des Art. 39 findet auch in Bezug auf die Vorlegung des Tagebuches Anwendung.

Art. VII, EinfG. zur ZPO.: „Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes: . . . 5. die Vorschriften über die Vorlegung der Tagebücher der Handelsmäkler . . ."

Der Artikel statuiert ein Recht **des Richters, die Vorlegung des Tagebuches anzuordnen.**

1. Unter Anordnung der Vorlage des Tagebuches ist nicht etwa die prozeß- § 1.
leitende Verfügung im Sinne des § 183, Z. 3 ZPO., sondern die Beweiszulassung selbst gemeint. Andernfalls hätte die Aufrechterhaltung des Art. 79 gar keine Bedeutung, da die bloße Requisition einer bei einer Behörde befindlichen Urkunde ohnehin von Amts wegen erfolgen kann (Klein, Vorlesungen, S. 162). Die Vorschrift des Art. 79 enthält daher eine wichtige Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze der ZPO., daß der Beweis durch Urkunden nur über Antrag der Parteien zuzulassen ist (vergl. Klein a. a. O.; Randa, I., S. 239, Anm. 140). Die Vorschrift des Art. 79 gibt aber dem Richter nicht das Recht, ohne Parteienantrag neue Beweismittel in den Prozeß hineinzuziehen, sondern die Glaubwürdigkeit und Echtheit der vorgebrachten Beweismittel zu prüfen, „um einzusehen und zu vergleichen" (P. 1427; Blaschke-Pitreich, S. 99). Auf das Handbuch erstreckt sich das Offizialrecht nicht. Seine Vorlegung zu betreiben, ist den Parteien überlassen; ob hinsichtlich desselben eine Editionspflicht vorliegt, entscheidet sich nach § 308 ZPO.

2. **Der Beweis durch das Tagebuch des Handelsmäklers muß durch Be-** § 2.
weisbeschluß angeordnet werden, also vom Senate oder vom Einzelrichter. Die Verpflichtung des Mäklers zur Vorlage muß aber nicht nach Vorschrift der §§ 308, 309 ZPO. geltend gemacht werden. Der Mäkler kann einfach im Wege einer prozeßleitenden Verfügung im Sinne des § 183, Z. 3 ZPO. zur Vorlage aufgefordert werden. Verweigert er die Vorlage, so kann entweder das Aufsichtsrecht der vorgesetzten Behörden angerufen oder die Edition unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe der §§ 308,

Digitized by Google

309 ZPO. wie gegen jeden anderen dritten Inhaber einer im Prozesse benötigten Urkunde erzwungen werden.

§ 3. 3. Über Abs. 2 vergl. die Bemerkungen bei Art. 39.

Artikel 80.

Der Handlungsmäkler muß, sofern nicht die Parteien ihm dieses erlassen haben, oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, von jeder durch seine Vermittlung nach Probe verkauften Ware die Probe, nachdem er dieselbe behufs der Wiedererkennung gezeichnet hat, solange aufbewahren, bis die Ware ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist.

Die den Handelsmäklern auferlegte Pflicht zur Aufbewahrung der Probe bezieht sich nur auf den Kauf nach Probe im Sinne des Art. 340, nicht auf andere Käufe, besteht als eine gesetzliche und wird nur durch beiderseitigen Erlaß der Parteien oder durch Ortsgebrauch aufgehoben. Sie erstreckt sich nicht notwendig auf die ganze Probe, wohl aber auf einen solchen Teil, daß die Vergleichung möglich ist (P. 972), und endet mit dem Zeitpunkte, wo ein Streit über die Beschaffenheit der Ware nicht mehr anzunehmen ist, sei es, daß die Ware ausdrücklich genehmigt ist oder daß sie nach Art. 347 als genehmigt gilt oder daß die Verjährungsfrist für Erhebung von Einwendungen verstrichen ist. Verletzung dieser Pflicht hat Schadenersatzpflicht nach Art. 81 und Bestrafung zur Folge.

Artikel 81.

Jedes Verschulden des Handelsmäklers berechtigt die dadurch beschädigte Partei, Schadloshaltung von ihm zu fordern.

Einleitung. **Dem Handelsmäkler ist die Verpflichtung auferlegt, die durch sein Verschulden geschädigte Partei schadlos zu halten.** Durch seine Stellung als amtlicher unparteiischer Vermittler tritt er zu beiden Parteien in ein gleiches Verhältnis, hat beiden Parteien gegenüber das gleiche Maß von Sorgfalt und Treue zu prästieren und ist beiden gleichmäßig verantwortlich. Das ist hier besonders gesetzlich vorgeschrieben (vergl. § 2 zu Art. 66).

Aus diesem Grundsatze folgt:

§ 1. 1. **Der Mäkler haftet für die Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers,** deren Anwendung er zu **beweisen hat** (vergl. ROHG. 6, S. 218; 10, S. 190).

§ 2. 2. **Er haftet beiden Parteien** (P. 152), insbesondere auch derjenigen Partei, welche ihm nicht den Auftrag erteilt hat, und zwar solidarisch neben dem Gegenkontrahenten, den etwa ein Verschulden trifft (Bolze 3, Nr. 643).

§ 3. 3. **Er haftet für jedes Verschulden,** also auch für geringes Versehen, worin eine Abweichung von den Bestimmungen des ABGB. nicht liegt. Dabei ist hervorzuheben, daß ihm eine Verpflichtung, die Ware, die Wechsel, Papiere oder die Solvenz des Gegenkontrahenten zu prüfen, nicht obliegt, so daß ihn eine Verantwortlichkeit in dieser Hinsicht ohneweiters nicht trifft (Goldschmidt, System, S. 111; Dernburg, Preußisches Privatrecht, 2, § 190; die abweichende Entscheidung Bolze 7, Nr. 504, beruht auf der Besonderheit des dort zu Grunde liegenden Falles). Wenn er aber Versicherungen abgibt, dann haftet er für ein ihn hiebei

Digitized by Google

treffendes Verschulden, sicherlich für dolus (Bolze 4, Nr. 646), aber auch für Fahrlässigkeit[1]), sei es, daß er die Fehlerhaftigkeit der Ware oder die Insolvenz hätte kennen sollen und dennoch das Gegenteil versicherte, oder daß er dies tat ohne Prüfung (Bolze 3, Nr. 643), wobei jedoch wirkliche Zusicherungen von landläufigen Anpreisungen wohl zu unterscheiden sein werden. Er hat ferner die Pflicht, den Parteien ihm bekannte Umstände anzugeben, welche dieselben, falls sie ihnen bekannt gewesen wären, von dem Vertragsabschlusse abgehalten hätten (Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichtes 2, S. 96; Bolze 4, Nr. 647). Endlich darf er die Parteien darüber nicht täuschen, ob der Vertrag wirklich abgeschlossen ist. In diesem Falle wird er ihnen verantwortlich, auch wenn er selbst geirrt hat, vorausgesetzt, daß dies schuldhafterweise geschehen (ROHG. 4, S. 415).

4. **Er haftet für Schadloshaltung**, aber nicht für Erfüllung. Insbesondere § 4.
ist der gegenüber dem falsus procurator bestehende Anspruch auf Erfüllung des geplanten Geschäftes hier nicht gegeben (vergl. Grünhut, WZ. II., S. 572, und § 4 zu Art. 69 a). Die Art. 55 und 298 sind auf den Mäkler nicht anwendbar (Bolze 3, Nr. 637; RG. und OLG. Hamburg in GZ. 34, S. 575 und 576; Dernburg, Preußisches Privatrecht, 2, § 190, Anm. 11); es sei denn, daß er sich als zum Abschluß Bevollmächtigten ausgegeben und als solcher abgeschlossen hat.

Was den Umfang des Schadenersatzes anlangt, so ist darauf hinzuweisen, daß Art. 283 nicht direkt anwendbar ist, weil die Geschäfte des Handelsmäklers keine Handelsgeschäfte sind (Behrend, § 58, Anm. 32; dagegen Blaschke-Pitreich, S. 100). Es greift daher das bürgerliche Recht Platz. Immer ist dabei nur derjenige Schade zu ersetzen, den der Mäkler durch seine Handlungsweise verursacht hat. So haftet er z. B., wenn er eine Partei in den Glauben versetzt hat, der Vertrag sei abgeschlossen, nicht für den entgangenen Gewinn, das Erfüllungsinteresse, sondern nur für das negative Vertragsinteresse, das heißt für die Folgen von Handlungen und Unterlassungen, die auf jenen Irrtum zurückzuführen sind, z. B. wenn die Partei infolgedessen unterlassen hat, anderweit abzuschließen (Bolze 3, Nr. 637; RG. in GZ. 34, S. 575, 576; auch zitiert bei Bolze 3, Nr. 249; vergl. auch Entscheidung des RG. 12, S. 21); anders wenn durch sein Verschulden der Vertrag nicht zu stande gekommen ist, da haftet er auch für den entgangenen Gewinn (OGH. in Busch, Arch. 41, S. 130).

Artikel 82.

Der Handelsmäkler hat die Mäklergebühr (Sensarie) zu fordern, sobald das Geschäft geschlossen und, wenn es ein bedingtes war, unbedingt geworden und von ihm seiner Verpflichtung wegen Zustellung der Schlußnoten Genüge geschehen ist, unbeschadet anderweitiger Bestimmung durch örtliche Verordnungen, Ortsgebrauch oder in Betreff der an Börsen geschlossenen Geschäfte durch Börsestatuten.

Diese Gebühr hat er auch dann anzusprechen, wenn die Vermittlung des Geschäftes soweit gediehen ist, daß er die Parteien einander bekanntgegeben hat, das Geschäft aber hierauf noch am nämlichen Tage von den Parteien unmittelbar geschlossen worden ist.

[1]) Hiebei ist insbesondere auf die Bestimmung des § 1299 ABGB. Bedacht zu nehmen.

Digitized by Google

Ist aber das Geschäft nicht zum Abschlusse gekommen, oder nicht zu einem unbedingten geworden, so kann für die Unterhandlung keine Mäklergebühr gefordert werden.

Der Betrag der Mäklergebühr wird von der politischen Landesbehörde bestimmt, welche vorläufig wegen der Mäklergeschäfte an Börsen den Börsekommissär und die Börseleitung, wegen der anderen Mäklergeschäfte die Handels- und Gewerbekammer, in beiden Fällen aber, wenn ein Gremium der Handelsmäkler besteht, auch dieses zu vernehmen hat.

Einleitung. Der Artikel trifft Bestimmungen über die **Voraussetzung und den Betrag** der Mäklergebühr, ersteres in Abs. 1 bis 3, letzteres in Abs. 4.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Voraussetzung der verdienten Mäklergebühr.** Wegen der Erläuterung dieses Absatzes ist zu verweisen auf das in unserem ersten Zusatze zu Buch I, §§ 9 bis 17 Gesagte. Diese Behandlung der Materie rechtfertigt sich dadurch, daß die Erörterungen über die Voraussetzungen und den Betrag der Mäklergebühr bei den amtlichen Handelsmäklern und den Privatmäklern im großen und ganzen zusammenfallen, daß aber das praktische Bedürfnis nach einer ausführlichen Erörterung sich im allgemeinen nur bei den Privatmäklern geltend macht. Denn die Erfahrung lehrt, daß im praktischen Rechtsleben, ebenso wie die Tätigkeit der amtlichen Handelsmäkler sich in glatten Bahnen und ohne Differenzen bewegt, so auch hinsichtlich ihrer Honorierung Differenzen nicht vorkommen. Anders bei den Privatmäklern; die Provisionsprozesse derselben spielen eine große Rolle in der Gerichtspraxis.

§ 2. Nur folgendes ist hier hinzuzufügen:

1. Bei den Handelsmäklern muß, um den Anspruch auf die Gebühr zu begründen, **noch die Zufertigung der Schlußnote hinzukommen.**
2. **Die Annahme kollidierender Aufträge**, die dem Privatmäkler verwehrt ist und ihn seines Anspruches verlustig macht, **ist dem Handelsmäkler unverwehrt**, oder vielmehr bei seiner Stellung als amtlicher unparteiischer Vermittler beider Parteien (vergl. § 3 zu Art. 66) kann von kollidierenden Aufträgen regelmäßig keine Rede sein. Er steht ja kraft des Gesetzes im Dienste beider Parteien. Nur ausdrückliche Abreden können hier Änderungen erzeugen.
3. Das Geschäft muß, wenn es **bedingt geschlossen war, unbedingt** geworden sein. Bei der Beratung (P. 149) wurde hervorgehoben, daß es gleichgültig ist, ob die Bedingung eine aufschiebende oder auflösende ist; im Wortlaute des Gesetzes hat diese Ansicht keinen deutlichen Ausdruck gefunden (vergl. Riesenfeld bei Gruchot 37, S. 544, und § 12 im 1. Zusatze zu Buch I).

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Der Mäkler kann die Gebühr ausnahmsweise auch ansprechen, wenn die Parteien mit Umgehung seiner Person das Geschäft abgeschlossen haben.** Der Inhalt dieser Bestimmung ist folgender: Wie in Zusatz 1 zum I. Buch ausgeführt werden wird, ist die Voraussetzung des Anspruches des Mäklers auf seine Gebühr ein bestehender Kausalzusammenhang zwischen dem Abschlusse des Geschäftes und seiner Vermittlungstätigkeit. Ist der Abschluß des Geschäftes ohne Mitwirkung des Mäklers erfolgt, so hat der Mäkler diesen Kausalzusammenhang zu beweisen. Eine Vermutung für denselben ist im Gesetze im allgemeinen nicht aufgestellt. Hier spricht aber das

Digitized by Google

Gesetz in Ansehung der amtlichen Handelsmäkler eine solche gesetzliche Vermutung aus. Die Voraussetzungen dieser Vermutung sind folgende:

a) Die Vermittlungstätigkeit muß so weit gediehen sein, daß der Mäkler die Namen beider Parteien einander bekanntgegeben hat. Es genügt nicht, daß bloß der Auftraggeber den Namen seines Kontrahenten oder umgekehrt erfahren hat.

b) Das vom Mäkler vermittelte und das von den Parteien mit Umgehung des Mäklers geschlossene Geschäft müssen identisch sein. Wann eine solche Identität vorliegt, darüber vergl. Zusatz 1 zum I. Buch.

c) Der Abschluß muß an demselben Tage erfolgen, an welchem der Mäkler die Namen der Parteien einander bekanntgegeben hat.

3. (Abs. 4.) **Der Betrag der Mäklergebühr** (Courtage, Sensarie) wird behördlich bestimmt, er ist aber auch freier Vereinbarung zugänglich (Behrend, S. 417, Note 26; Grünhut bei Endemann, III., S. 143). Mit Unrecht nimmt Keyßner, Anm. 6 jus cogens an. Die Mäklergebühr wird gewöhnlich in Prozenten des gehandelten Objektes ausgedrückt. **Auslagen** werden dem Mäkler im Zweifel nicht erstattet (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 376). Näheres vergl. § 6 zum ersten Zusatz zu Buch I. § 4.

Artikel 83.

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer die Mäklergebühr bezahlen soll, so ist dieselbe in Ermanglung örtlicher Verordnungen, eines Ortsgebrauches oder besonderer Bestimmungen im Börsestatute von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

Der Artikel bestimmt, wer die Gebühr des Handelsmäklers zu zahlen hat. In Ermanglung örtlicher Verordnungen, eines Ortsgebrauches oder besonderer im Börsenstatute enthaltener Bestimmungen ist jede Partei zur Hälfte zahlungspflichtig. Die Quelle dieser Vorschrift ist der amtliche Charakter des Handelsmäklers. Wenn er auch auf Anregung einer Partei in Tätigkeit tritt, so entfaltet er sie doch im Interesse beider Teile, steht beiden objektiv gegenüber und hat daher von beiden zur Hälfte seine Vergütung zu fordern (vergl. § 2 zu Art. 66). Dies ist anders beim Privatmäkler (vergl. § 7 im ersten Zusatz zu Buch I).

Artikel 84.

Hinsichtlich der Anstellung der Handelsmäkler gelten folgende Bestimmungen:

I. Zur Erlangung einer Handelsmäklerstelle wird erfordert, daß der Bewerber

1. österreichischer Staatsbürger, 24 Jahre alt und von unbescholtenem Lebenswandel sei, und die freie Verwaltung seines Vermögens besitze;

2. die Handelsmäklerprüfung mit gutem Erfolge bestanden habe.

II. Die Handelsmäklerprüfung ist zur Erlangung der Befähigung für die Stelle eines Handelsmäklers an einer bestehenden Börse vor der betreffenden Börseleitung, zur Erlangung der Befähigung für andere Handelsmäklerstellen vor der Handels- und Gewerbekammer abzulegen. Sie wird bei den Börseleitungen unter dem Vorsitze des Börsekommissärs, bei den Handels- und Gewerbekammern unter dem Vorsitze eines Rates des am Sitze der Kammer befindlichen Handelsgerichtes, beziehungsweise des Gerichtshofes erster Instanz, und wo sich ein solcher nicht befindet, des Bezirksrichters vorgenommen.

III. Handelsmäkler, welche ihr Amt auch an einer Börse auszuüben berufen sind, werden durch die Börseleitung, andere Handelsmäkler aber für einen bestimmten Ort oder

Digitized by Google

Bezirk durch die Handelskammer des Bezirkes nach Maßgabe des Bedarfes ernannt. Die Ernennung unterliegt der Bestätigung durch die politische Landesbehörde.

Behufs der Besetzung ist ein Konkurs auszuschreiben und in der amtlichen Landeszeitung kundzumachen.

Wenn die Besetzung der Stelle an einer Börse erfolgen soll, hat die Bekanntmachung des Konkurses auch durch Anschlag an der Börse zu geschehen.

Die Ausschreibung und Bekanntmachung des Konkurses steht der Börseleitung, beziehungsweise der Handels- und Gewerbekammer zu, welche zur Ernennung berufen ist.

IV. Nach erfolgter Bestätigung der Ernennung hat der ernannte Handelsmäkler bei der politischen Landesbehörde den Amtseid zu leisten und erhält sohin das von der politischen Landesbehörde auszufertigende Bestellungsdekret, in welchem der Ort oder der Bezirk, für welche er bestellt ist und innerhalb welcher er seinen Aufenthalt zu nehmen hat, und der Umfang seiner Bestellung (Art. 68) anzugeben sind.

V. Die Beteilung mit dem Tagebuche erfolgt durch den Börsekommissär, beziehungsweise in Ansehung der Mäkler, welche nicht für Börsen bestellt sind, durch die Gewerbsbehörde.

VI. Die Ernennung und Beeidigung eines Handelsmäklers wird in der amtlichen Landeszeitung kundgemacht, der Handelskammer und den Handelsgremien des Bezirkes, und wenn im Bezirke ein Gremium der Handelsmäkler besteht, auch diesem mitgeteilt.

Artikel 84a.

Die Handelsmäkler können Gremien bilden, deren Bezirksabgrenzung von der politischen Landesbehörde nach Einvernehmung der Handelskammer bestimmt wird.

Solche Gremien besorgen ihre Angelegenheiten nach eigenen, der Genehmigung der Ministerien der Finanzen und des Handels zu unterziehenden Statuten, in welchen die zwangsweise Eintreibung der erforderlichen Beiträge geregelt werden kann.

Artikel 84b.

Die Überwachung der an Börsen ihr Amt ausübenden Handelsmäkler geschieht durch den Börsekommissär, die Überwachung der übrigen Handelsmäkler durch die Gewerbsbehörde.

Der Börsekommissär, beziehungsweise die Gewerbsbehörde, ist berechtigt, zum Behufe der Überwachung der Handelsmäkler in die Bücher derselben Einsicht zu nehmen.

Artikel 84c.

Handelsmäkler, welche die ihnen obliegenden Amtspflichten verletzen, werden mit Ordnungs- oder Disziplinarstrafen belegt, je nachdem sich die Pflichtverletzung als eine bloße Ordnungswidrigkeit oder mit Rücksicht auf die Art und den Grad derselben, auf die allfällige Wiederholung und die erschwerenden Umstände als ein Dienstvergehen darstellt.

I. Ordnungsstrafen sind:

1. Der Verweis;
2. Geldbußen von 10 bis 100 fl.

Kraft des Aufsichtsrechtes ist berufen, Ordnungsstrafen zu verhängen, der Börsekommissär bezüglich der an Börsen angestellten Handelsmäkler, die Gewerbsbehörde hinsichtlich der anderen Handelsmäkler.

Gegen die Verhängung einer Geldbuße kann von dem beteiligten Handelsmäkler binnen acht Tagen die Beschwerde bei der politischen Landesbehörde eingebracht werden. Ein weiterer Rechtszug findet nicht statt.

II. Disziplinarstrafen sind:

1. Geldbußen über 100 bis 1000 fl.;
2. Suspension vom Amte auf bestimmte Zeit;
3. Entsetzung vom Amte.

Digitized by Google

Die Suspension vom Amte auf bestimmte Zeit kann verhängt werden, wenn der an einer Börse bestellte Handelsmäkler sich ein unanständiges und ruhestörendes Benehmen an der Börse zu schulden kommen läßt, welches seine Ausschließung vom Börsebesuche auf bestimmte Zeit notwendig macht.

Auf die Entsetzung vom Amte ist zu erkennen:

a) Wenn der Handelsmäkler wegen eines Verbrechens oder wegen der Übertretungen des Diebstahls, der Veruntreuung, der Teilnehmung an demselben oder des Betruges verurteilt, oder wenn gegen ihn wegen einer anderen strafbaren Handlung eine wenigstens sechsmonatliche Freiheitsstrafe verhängt wurde;

b) wenn er von einem Gefällsgerichte wegen Schleichhandels oder wegen schwerer Gefällsübertretung verurteilt wurde;

c) wenn er in Konkurs verfallen ist.

Außerdem kann auf die Entsetzung vom Amte auch noch erkannt werden:

d) wenn der Handelsmäkler in seinen Geschäften wissentlich einen falschen Umstand angibt, bestätigt oder in sein Buch einträgt oder dieses verfälscht;

e) wenn er ein Handelsgeschäft für eigene Rechnung macht oder an dem Nutzen eines von ihm vermittelten Geschäftes auf irgendeine Weise teilnimmt, oder wenn er von einem Auftraggeber, den er nicht genannt hat, und von welchem er nicht mit voller Beruhigung angemessene Deckung erwarten konnte, sich diese Deckung zu verschaffen unterlassen hat;

f) wenn er Geschäfte für Personen besorgt, von deren Zahlungsunfähigkeit oder von deren Unfähigkeit, bindende Verpflichtungen einzugehen, er Kenntnis hat, oder wenn er verbotene oder solche Geschäfte vermittelt, rücksichtlich welcher der gegründete Verdacht vorliegt, daß die Partei sie nur zum Scheine oder zur Benachteiligung von dritten Personen schließen wolle;

g) wenn wiederholte geringere Strafen ohne Wirkung geblieben sind.

Eine Disziplinarstrafe kann gegen einen Handelsmäkler nur nach vorausgegangener Disziplinaruntersuchung verhängt werden.

Die Disziplinaruntersuchung wird gegen die an einer Börse bestellten Handelsmäkler von der Börseleitung, gegen andere Handelsmäkler von der Gewerbsbehörde geführt, welche den Beteiligten mit seiner Verteidigung zu hören und sohin mit dem Erkenntnis vorzugehen haben. Die Börseleitung hat zu diesem Behufe am Anfange eines jeden Jahres für die Dauer desselben eine aus vier Mitgliedern bestehende Kommission bleibend zu bestellen und zugleich die Ersatzmänner für diese Mitglieder und die Reihe ihres Eintrittes bleibend zu bestimmen. Der Börsekommissär ist der Vorsitzende dieser Kommission.

Gegen ein wider einen Handelsmäkler geschöpftes Disziplinarerkenntnis kann von dem Verurteilten binnen acht Tagen die Beschwerde bei der politischen Landesbehörde angebracht werden.

Gegen die Entscheidung der politischen Landesbehörde ist in gleicher Frist die Ergreifung der Beschwerde hinsichtlich der an den Börsen bestellten Mäkler an das Finanzministerium, hinsichtlich der anderen Mäkler an das Handelsministerium zulässig.

III. Gegen Handelsmäkler ist die Suspension vom Amte als mittlerweilige Vorkehrung zu verhängen:

1. wenn die Fortsetzung der Amtsführung des Handelsmäklers während einer Disziplinaruntersuchung oder eines Strafverfahrens bedenklich erscheint;

2. wenn sich, falls eine Kaution für ihn bestellt ist, eine bedeutende Schmälerung seiner Kaution ergibt;

3. wenn er zeitweise unfähig ist, bezüglich seines Vermögens eine gültige Verpflichtung einzugehen.

Die Suspension vom Amte als mittlerweilige Vorkehrung wird gegen die an einer Börse bestellten Handelsmäkler von der nach II. dieses Paragraphen eingesetzten Disziplinar-

Digitized by Google

kommission, gegen andere Handelsmäkler von der Gewerbebehörde verhängt. Gegen eine solche Verfügung kann von dem Beteiligten binnen acht Tagen die Beschwerde bei der politischen Landesbehörde eingebracht werden. Ein weiterer Rechtszug findet nicht statt.

IV. Wenn ein Dienstvergehen eines Handelsmäklers sich zugleich als eine nach dem allgemeinen Strafgesetze zu ahndende Handlung darstellt, so darf, solange die Untersuchung bei dem Strafgerichte anhängig ist, das Disziplinarverfahren wegen derselben Handlung, unbeschadet der Suspension als mittlerweiligen Vorkehrung, nicht stattfinden.

Die Strafgerichte sind verpflichtet, in allen Fällen, in welchen ein Strafverfahren gegen einen Handelsmäkler als Beschuldigten eingeleitet wird, hievon, wenn er an einer Börse bestellt ist, der Börseleitung, sonst der Gewerbebehörde Mitteilung zu machen und sie nach Beendigung des Strafverfahrens auch von dem Ergebnis in Kenntnis zu setzen.

Ein von den Strafgerichten geschöpftes freisprechendes Urteil hindert nicht die Durchführung des Disziplinarverfahrens.

V. Die als Ordnungs- oder als Disziplinarstrafen gegen Handelsmäkler verhängten Geldbußen fließen in den Armenfonds der Gemeinde, in welcher die Ordnungswidrigkeit oder das Dienstvergehen begangen wurde.

Zwei Zusätze zu Buch I.

Erster Zusatz.

Von den Privathandelsmäklern.[1][2]

Einleitung.

Die Rechtsverhältnisse der Privathandelsmäkler sind im Gesetzbuche nicht geregelt. Gegenüber der Ausführlichkeit, mit der das Institut der amtlichen Handelsmäkler behandelt ist, ist jene Unterlassung um so bedauerlicher, als die Privathandelsmäkler das bei weitem praktischere Institut, ihre Rechtsstreitigkeiten die weit häufigeren sind. Das Gesetzbuch enthält nur eine Bestimmung über sie, nämlich die Vorschrift des Art. 272, Nr. 4, daß die gewerbsmäßige Vermittlung von Handelsgeschäften selbst ein Handelsgeschäft ist. Alles übrige ist der Natur der Sache und den in Frage kommenden Rechtsbegriffen zu entnehmen.

Als nicht genügend nun kann es erachtet werden, wenn Behrend, § 59 sich hinsichtlich der Erörterung der Rechtsverhältnisse der Privathandelsmäkler auf den Ausspruch beschränkt, daß alle diejenigen Bestimmungen über die amtlichen Handelsmäkler hier analog anwendbar sind, welche sich nicht auf die amtliche Stellung derselben beziehen. Denn das läßt die Deutung zu, wie es denn wohl auch von Behrend gemeint ist, als seien bloß die öffentlichrechtlichen, aus ihrer amtlichen Eigenschaft fließenden Berechtigungen und Verpflichtungen auf die Privathandelsmäkler nicht zu übertragen (Führung bestimmter Bücher; Ver-

[1]) Neuere Literatur: Neubauer, Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis in Kohler und Rings Archiv 6, S. 1 ff.; ferner Riesenfeld, Der Zivilmäkler bei Gruchot 36, S. 790; 37, S. 27, 257, 530, 814; Felix Mayer, Mäkler und Agenten nach österreichischem Rechte; Woltersdorf, Die rechtliche Natur des Mäklervertrages (Jena, 1904); Schey, Obligationsverhältnisse, S. 503, 505; Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler (II. das Recht der Mäkler).

[2]) Das d. HGB. enthält in den §§ 93 bis 104 Bestimmungen über die Privathandelsmäkler. Amtliche Handelsmäkler kennt das d. HGB. überhaupt nicht. Bestimmungen über den Mäklervertrag im allgemeinen enthalten die §§ 652 bis 656 d. HGB.

Digitized by Google

bot eigener Geschäfte; Verbot von Assoziationen; Gebot persönlicher Tätigkeit; Schlußnotenzustellungspflicht), während das privatrechtliche Verhältnis zu den Parteien bei beiden Arten von Handelsmäklern das gleiche sei (so auch RG. 4, S. 224). Vielmehr ist auch das privatrechtliche Verhältnis des Privatmäklers zu den Parteien mannigfach ein anderes, indem alle diejenigen für den Handelsmäkler in Bezug auf das Rechtsverhältnis zu den Parteien gegebenen gesetzlichen Vorschriften auf den Privathandelsmäkler nicht anwendbar sind, welche darauf beruhen, daß der amtliche Handelsmäkler die Stellung eines unparteiischen Vermittlers zwischen beiden Parteien einnimmt, während der Privathandelsmäkler nur der Beauftragte einer Partei ist und nur das Interesse der auftraggebenden Partei zu wahren hat (vergl. § 2 zu Art. 66; auch unten §§ 3, 4 und 5). So sind z. B. auf den Privathandelsmäkler nicht analog anwendbar die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit gegenüber beiden Parteien, die Gebührenforderung an beide Parteien (Art. 81 und 82).

Das nähere ergeben die folgenden Einzelausführungen:

I. Begriff und rechtliche Stellung des Privathandelsmäklers. § 1.

Der Privathandelsmäkler ist eine nicht amtlich bestellte Person, welche Aufträge zur Vermittlung von Handelsgeschäften gewerbsmäßig übernimmt und ausführt; dadurch wird er nach Art. 272, Nr. 4, und Art. 4 HGB. zum Kaufmann. Auf diesen begrifflichen Elementen — Übernahme von handelsgeschäftlichen Vermittlungsaufträgen und Kaufmannsqualität — ruht die Rechtsstellung des Privathandelsmäklers, aus ihnen ergeben sich seine Rechte und Pflichten. Der Mäklervertrag ist ein Vertrag sui generis, kein Lohnvertrag (so auch GlUNF. 2754); er steht hinsichtlich seiner Wirkung der Auslobung sehr nahe (Krainz-Ehrenzweig, § 376, Note 15; vergl. GlUNF. 78). Die Praxis der Gerichte, von dem oben erwähnten Erkenntnisse abgesehen, und mit ihr Mayer (S. 6), auch Dniestrzanski (S. 118) wenden auf den Mäklervertrag die Bestimmungen des ABGB. über Lohnverträge an. Die Praxis der Gerichte gelangt daher zum Teile zu anderen Ergebnissen, als sie hier in der Folge werden entwickelt werden.

Dabei ist zu erwähnen, daß die Grundstücks- und Hypothekenmäkler keine Kaufleute sind, weil ihre Vermittlungstätigkeit keine Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat (Bolze 1, Nr. 707; RG. in Strafsachen 25, S. 395; wegen der Hypothekenmäkler vergl. jedoch eine Ausnahme in § 16 zu Art. 272). Auf sie beziehen sich daher die folgenden Ausführungen zunächst nicht. Aber einmal wird ein Grundstückvermittlungsgeschäft dadurch zum Handelsgeschäft, daß jemand, der aus sonstigen Gründen Kaufmann ist, es vornimmt (RG. 1, S. 258; vergl. hierüber noch § 16 zu Art. 272), und andrerseits sind sie doch Vermittler und es treffen daher auch für sie alle diejenigen Ausführungen zu, welche aus dem Wesen der Vermittlung hervorgehen. Deshalb finden auch auf die Rechtsverhältnisse der Grundstücksmäkler die nachstehenden Ausführungen größtenteils Anwendung, insbesondere die §§ 9 bis 17.

II. Die Pflichten des Privathandelsmäklers. § 2.

1. **Seine öffentlichrechtlichen Pflichten.** Es sind diejenigen des Kaufmannes überhaupt. Anlangend zunächst die Buchführung, so hat er, während für den Handelsmäkler Sondervorschriften über Führung bestimmter Bücher und ihre Aufbewahrung gegeben sind, die allgemeinen Buchführungspflichten eines jeden Kaufmannes zu erfüllen und ist wegen Verletzung derselben

Digitized by Google

nicht Disziplinarstrafen, sondern zunächst gar keiner Bestrafung und bei eintretender Zahlungsunfähigkeit krimineller Bestrafung ausgesetzt.

Was sonst dem amtlichen Handelsmäkler aus öffentlichen Gründen zur Pflicht gemacht ist, davon ist der Privathandelsmäkler entweder befreit (wie z. B. von den Verboten eigener Handelsgeschäfte; der Substitution; der Garantieübernahme; der Assoziation, Art. 69), oder es folgt eine analoge Pflicht für ihn aus der Natur des Verhältnisses, in welchem er zu den Parteien steht (wie z. B. die Verschwiegenheitspflicht), oder aus Handelsgebrauch (wie z. B. möglicherweise die Verpflichtung zur Aufbewahrung der Probe, Art. 80).

§ 3. 2. **Seine Pflichten gegenüber dem Auftraggeber.** In erster Linie steht dem Privathandelsmäkler sein Auftraggeber als Berechtigter gegenüber, dessen Mandat ist die Quelle seiner Tätigkeit, sein Interesse hat er zu wahren (Cosack, S. 245). Über eine andere Auffassung von Reuling und F. Mayer, siehe unten § 4, Note 4). Der amtliche Handelsmäkler tritt dagegen zu beiden Parteien in das gleiche kontraktliche Verhältnis als unparteiische Person.

a) Im Verhältnis zu seinem Auftraggeber gelten alle die Vorschriften, welche sich als Konsequenzen aus Art. 81 für den amtlichen Handelsmäkler gegenüber beiden Parteien ergeben, doch mit Modifikationen (vergl. zu β und ε). Hienach ergibt sich über seine Pflichten zum Auftraggeber folgendes:

α) Der Mäkler haftet für die Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers, deren Anwendung er zu beweisen hat (vergl. näheres § 1 zu Art. 81; vergl. § 1298 ABGB.).

β) Der Privathandelsmäkler haftet nicht wie der amtliche Handelsmäkler nach Art. 81 für jedes Verschulden, sondern nach Art. 282 für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes[3]) (Grünhut bei Endemann, III., S. 155; F. Mayer, S. 18), wobei hervorzuheben, daß ihm eine Verpflichtung, den Gegenstand des Geschäftes und die Solvenz des Gegenkontrahenten zu prüfen, regelmäßig nicht obliegt; daß er aber haftet, wenn er schuldhaft falsche Versicherungen hierüber gab, und daß er ferner seinem Kommittenten gegenüber die Verpflichtung zur getreulichen Mitteilung aller ihm bekannten Umstände hat, welche geeignet sind, von der Vertragsabschließung ihn abzuhalten (vergl. näheres § 3 zu Art. 81).

γ) Er haftet solidarisch neben dem Gegenkontrahenten, den etwa auch ein Verschulden trifft (vergl. näheres § 2 zu Art. 81).

δ) Ein Anspruch des dritten auf Erfüllung ist gegen ihn regelmäßig nicht gegeben, weil Art. 55 auf ihn keine Anwendung findet (vergl. näheres § 4 zu Art. 81).

ε) Hinsichtlich des Umfanges des Schadens ist der Art. 283 hier direkt anwendbar. Wegen der Art der Schadenvergütung gilt auch hier, daß nur das negative Interesse zu vergüten ist (vergl. näheres § 4 zu Art. 81).

§ 4. b) Daraus, daß die Quelle seiner Tätigkeit das Mandat der einen Partei ist, folgt weiter, daß ihm verwehrt ist, auch von der anderen Partei einen Vermittlungsauftrag entgegen zu

[3]) Der Zivilmäkler dagegen haftet nach österreichischem Rechte — wenn Art. 282 HGB. keine Anwendung findet — für jedes Verschulden (§ 1295 ABGB.).

Digitized by Google

nehmen, weil dies bei zweiseitigen Verträgen regelmäßig ein kollidierendes Interesse darstellt.[4]) Eine Vertragsbestimmung, die der einen Partei günstig, ist regelmäßig der anderen ungünstig; ein Vorteil der einen Partei ist regelmäßig ein Nachteil der anderen. Beim amtlichen Handelsmäkler kann ja von einem kollidierenden Interesse regelmäßig keine Rede sein, weil er als unparteiische Mittelsperson die Interessen beider Parteien zu schützen hat, was allerdings „ein kaum erreichbares Ideal bleibt" (Dernburg, Preußisches Privatrecht 2, § 190). Von der deutschen Rechtsprechung werden jedoch die Aufträge beider Kontrahenten nicht immer und auch nicht regelmäßig als kollidierend betrachtet; sonst stimmt sie mit unseren Anschauungen überein. So Ob. Tr. in der Präjudizienssammlung, Nr. 1687, S. 77; ROHG. 7, S. 90; RG. 4, S. 292; Bolze 5, Nr. 582; 10, Nr. 415; 11, Nr. 316; RG. v. 21. März 1896 in JW., S. 254. Auf dem Standpunkte dieser Rechtsprechung steht auch Riesenfeld (bei Gruchot 38, S. 599); ein anderes Erk. des RG. steht dagegen anscheinend auf unserem Standpunkte (Bolze 19, S. 460). (Zur Entgegennahme von Aufträgen seitens beider Kontrahenten wird der Mäkler in Glü. 8906 grundsätzlich für befugt erklärt.) Durch die Übernahme eines kollidierenden Auftrages verwirkt der Mäkler seinen Provisionsanspruch, allerdings nur, wenn er ohne Vorwissen des Auftraggebers dies tut, also nicht, wenn sein Auftraggeber von jener Übernahme Kenntnis erlangte (RG. 4, S. 222), und sei es auch erst während der Verhandlungen (Bolze 5, Nr. 581). Auch auf Umwegen darf die Übernahme kollidierender Aufträge nicht erreicht werden, so z. B. wenn zwei Mäkler sich derart geheim verbinden, daß jeder von ihnen einer Partei als Mäkler dient (Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichtes 2, S. 95). Als unzulässige Kollusion gilt es auch, wenn der Mäkler dem zugeführten Käufer gegenüber, wenn auch nur mündlich, sich verpflichtet, ihm das Grundstück wieder abzukaufen (Bolze 10, Nr. 415), oder wenn der Mäkler sich bei dem Gegenkontrahenten an dem Geschäfte geheim beteiligt[5]), oder wenn der vom Verkäufer beauftragte Mäkler auf Herabsetzung des Kaufpreises hinwirkt (Glü. 7663). Auch in dem bloßen Provisionsversprechen von der anderen Seite liegt eine solche Pflichtverletzung (Schey, S. 504; Glü. 3512). Die vom Gegenkontrahenten empfangene Provision nimmt jedoch nach GlüNF. 81, dem Vermittler nicht den Anspruch auf Provision gegen seinen Auftraggeber, sondern kann nur auf die richterliche Festsetzung der Höhe der

[4]) Gegen die in diesem § 4 vertretene Auffassung wendet sich in entschiedener Weise Reuling bei Gruchot 40, S. 193 ff. Nach ihm ist der Mäkler nicht von einer bestimmten Partei beauftragt, das Geschäft zu vermitteln, sondern „er ist Bote beider Teile, solange dieselben durch seine Vermittlung über die Bedingungen des Geschäftes verhandeln, bis zu dem Momente, wo er die Rolle des bloßen Boten mit der des wirklichen Stellvertreters vertauscht, und zwar desjenigen Vertragsteiles, mit welchem er zufällig die letzte persönliche Rücksprache vor dem Abschluß zu nehmen veranlaßt gewesen war". Diese Konstruktion ist ganz willkürlich und widerspricht der tatsächlichen Auffassung des Rechtslebens, obgleich Reuling gerade aus diesem seine abweichende Meinung geschöpft haben will. Der Mäkler soll im Auftrage und Interesse des einen Teiles durch seine Überzeugungskunst den anderen zum Abschluß bewegen, ihn solange bearbeiten, bis es ihm gelingt, ihn zum Abschluß geneigt zu machen. Den Abschluß selbst macht der Prinzipal. Seinem Wesen nach ist der Mäkler weder bloßer Bote, noch Bote beider Teile, noch Abschlußbevollmächtigter.

[5]) Doch gilt alles dies nur bei wirklichen Vermittlungen, nicht bei Nachweisungen und sonstiger rein faktischer Tätigkeit, z. B. wenn die Tätigkeit nur darin besteht, die Parteien einander zuzuführen (RG. v. 21. März 1896 in JW., S. 254).

Digitized by Google

vom Auftraggeber zu zahlenden Provision von Einfluß sein. Dagegen findet § 1013 ABGB., der sich nur auf den Bevollmächtigungsvertrag bezieht, auf die Empfangnahme einer Mäklerprovision von der Gegenseite keine Anwendung (GlU. 8906; GlUNF. 81; Schey, S. 504; F. Mayer, S. 7; Krainz-Ehrenzweig, § 376, N. 20; anders die frühere Auflage dieses Werkes). Bei gewissen Vermittlungen erstreckt sich nach der Verkehrssitte die Tätigkeit des Vermittlers nicht immer auf Festsetzung des Maßes von Leistung und Gegenleistung, wenn eine Vereinbarung der Parteien über dieselbe zur Perfektion des Vertrages nicht notwendig ist, indem die bezüglichen Parteienvereinbarungen durch gesetzliche Dispositivbestimmungen, ortsübliche Preistarife oder richterliche Festsetzung ersetzt werden. Es ist hier vor allem an die Vermittlung von Fracht- und Dienstverträgen zu denken. Unter den angeführten Voraussetzungen bewirkt die Annahme von Aufträgen seitens beider Parteien keine Gefährdung der Interessen derselben, kann daher dem Mäkler ohneweiters gestattet werden. Mehr will F. Mayer wohl auch nicht sagen, wenn er (S. 7) unserer Ansicht von dem grundsätzlichen Verbote der Entgegennahme von Aufträgen seitens beider Parteien entgegentritt. Keine Pflichtverletzung liegt darin, daß man zuerst als Vermittler für die eine Partei auftritt, sodann aber diese Rolle abgibt und sich in die Vermittlerdienste der anderen Partei begibt (Bolze 19, Nr. 455). — Nimmt aber der Mäkler mit Wissen beider Teile kollidierende Aufträge an, so wird er dadurch Vertrauensmann beider Teile und hat das beiderseitige Interesse unparteiisch wahrzunehmen, widrigen Falls er seine Pflicht verletzt und den Provisionsanspruch verwirkt (Bolze 20, Nr. 413).

c) **Zu seinen Pflichten gehört nicht seine persönliche Tätigkeit.**[6]) Während der amtliche Handelsmäkler seine Tätigkeit persönlich ausüben muß Art. 69, Nr. 4), ist dem Privatmäkler nicht verwehrt, sich Substituten oder Gehilfen, sogenannte **Zwischenmäkler** zu bestellen (Bolze 5, Nr. 579; zust. F. Mayer, S. 9). Hauptmäkler und Zwischenmäkler stehen dann in einem Sozietätsverhältnisse und haben mangels besonderer Abrede die Provision zu teilen (RG. 18, S. 163). Den Anspruch gegen den Auftraggeber hat nur der Hauptmäkler, der aber auch für seinen Substituten haftet (z. B. bei Unredlichkeit, Übernahme kollidierender Aufträge usw.). (So auch Rocholl a. a. O.; anders Bolze 4, Nr. 647; vergl. hiegegen auch Neubauer, S. 18). Der Hauptmäkler hat auch dafür zu sorgen, daß ersichtlich werde, es handle der Zwischenmäkler in seinem Auftrage, damit der Provisionsanspruch bei Normierung der Vertragsbedingungen in Rechnung gezogen werden kann. Unterläßt er dies, so fällt sein Anspruch fort (Bolze 1, Nr. 974; GZ. 22, S. 263 — Dresden —; Neubauer, S. 18).

d) **Der Mäkler kann auf Entfaltung seiner Vermittlungstätigkeit vom Auftraggeber nicht belangt werden**, wenn keine besondere Verabredung in dieser Richtung getroffen wurde. Denn die Vermittlungstätigkeit ist nicht Leistungsgegenstand, sondern bloß Bedingung für den Provisionsanspruch (Krainz-Ehrenzweig, § 376; Woltersdorf, S. 21). Vertragsmäßig kann der Vermittler freilich die Verpflichtung zur Entfaltung

[6]) Eine Tätigkeit gehört allerdings zum Wesen der Mäklerpflichten, bloße Unterlassung (Nichthindern des Zustandekommens) genügt nicht (Riesenfeld bei Gruchot 37, S. 268; Woltersdorf, S. 46; anders Bolze 6, Nr. 493 und Neubauer, S. 9).

Digitized by Google

einer Vermittlertätigkeit übernehmen (vergl. Woltersdorf, S. 30 ff; Jacusiel, S. 4).

e) **Seine Pflichten gegenüber der anderen Partei.** Er tritt zu dieser in kein kontraktliches Verhältnis, was einen der privatrechtlichen Unterschiede zwischen ihm und dem amtlichen Handelsmäkler bildet (übereinstimmend Dernburg, Preußisches Privatrecht 2, § 100; Endemann, Handelsrecht, § 165; Cosack, S. 245; teilweise dagegen F. Mayer, S. 19). Daher ist die Entscheidung des RG. (Bolze 4, Nr. 646), welche gerade ein solches kontraktliches Verhältnis des Privatmäklers annimmt, nicht begründet. Aus keiner der in dieser Entscheidung zitierten Gesetzesvorschriften (HGB. 272[4], 273, 274, 290, 282, 283) geht dies hervor, und Riesenfeld (bei Gruchot 37, S. 273) verteidigt diesen Standpunkt nicht glücklich damit, daß der Mäkler den ihm vom ersten Auftraggeber erteilten Auftrag angeblich nicht anders erfüllen könne als dadurch, daß er zu einem anderen ebenfalls in ein „Dienstverhältnis" trete. Im Gegenteile: er dient seinem Auftraggeber am besten, wenn er nur ihm und nicht dem anderen zu dienen sucht, zwei Herren dienen ist immer schwer. Verhandeln soll er mit dem anderen, ihn „bearbeiten", wie Riesenfeld selbst sagt, aber nicht sich ihm vertragsmäßig verdingen. Aber wenn er auch zu der anderen Partei in keinem kontraktlichen Verhältnisse steht, so tritt er doch zu derselben in einen nahen geschäftlichen Verkehr und hat daher die allgemeine, im Handelsverkehr in gesteigertem Maße bestehende Pflicht der Redlichkeit, deren Verletzung ihn auch dieser Partei gegenüber ersatzpflichtig macht, wenn auch aus anderem Rechtsgrunde, nämlich auf Grund der Vorschriften über außerkontraktliche Schadensverletzungen (vergl. § 1295 ABGB.). Jedoch muß eine an sich — nicht bloß mit Rücksicht auf ein bestehendes Vertragsverhältnis — unerlaubte Handlung, z. B. Betrug, unbefugte Einmischung in fremde Geschäfte usw., vorliegen. Der Umfang des Schadens ist, wenn eine Schadenspflicht erst besteht, der gleiche, wie gegenüber der anderen Partei, denn auch hier greift Art. 283 Platz (vergl. daher hierüber § 3 zu ε). Hat sich der Mäkler dem Dritten gegenüber als zum Abschluß bevollmächtigt ausgegeben, so haftet er nach Art. 298, Abs. 2 (vergl. § 4 zu Art. 81).[7] § 5.

III. Die Rechte des Privathandelsmäklers.

A. **Seine Rechte bestehen in der Forderung auf die Mäklergebühr oder die Provision.** Sie stützt sich, wenn nicht besonders vereinbart, auf Art. 290 HGB. (Grünhut bei Endemann, III., S. 155), ihr Betrag mangels Abrede auf Handelsgebrauch (Art. 279) und wird nach diesem vom Richter gemäß dem hier analog anwendbaren § 1152 ABGB. bestimmt (Glü. 14.820, 14.878; F. Mayer, S. 10). Liegt vertragliche Abrede vor, so ist — im Gegensatz zu Puchelt in Busch, Arch. 13, S. 425 — ein richterliches Ermäßigungsrecht in keinem Falle anzunehmen, auch wenn sie die Höhe des Handelsgebräuchlichen überschreitet oder sonst übertrieben ist (Riesenfeld bei Gruchot 38, S. 563); es wäre denn — was bei Vermittlung von Dienstplätzen praktisch sein könnte — daß der Mäkler- § 6.

[7] Nach §§ 98 und 99 d. HGB. haftet der Mäkler jeder Partei für den durch sein Verschulden angerichteten Schaden und hat von jeder Partei die Hälfte der Mäklergebühr zu fordern.

Digitized by Google

vertrag infolge der Höhe der Provision und der darin liegenden Ausbeutung der Notlage des Auftraggebers sich als ein unsittlicher Vertrag im Sinne des § 878 ABGB. darstellen würde (Krainz-Ehrenzweig, § 376, Note 22). Aber auch in diesem Falle könnte von einem richterlichen Mäßigungsrechte der vereinbarten Provision, wie es § 1336 ABGB. hinsichtlich der Konventionalstrafe statuiert, keine Rede sein (dies gegen Krainz-Ehrenzweig a. a. O.). Der Richter könnte lediglich den Mäklervertrag für ungültig erklären und nach Analogie des § 877 ABGB. dem Mäkler einen der aufgewendeten Mühe und dem verschafften Nutzen entsprechenden Entschädigungsbetrag zuerkennen. Über die Beweislast, wenn ein bestimmter Satz als vereinbart behauptet wird, siehe § 10 zu Art. 290. Der vereinbarte oder der übliche Satz kann nicht gefordert werden, wenn der Kommittent vor der Beendigung der Mäklertätigkeit erklärt, daß er nur eine geringere Provision zahle (Bolze 17, Nr. 376). Der Betrag wird gewöhnlich in Prozenten des gehandelten Objektes ausgedrückt, wobei bei simulierten Angaben der wahre Preis entscheidet (Gareis-Fuchsberger, S. 190, Note 36). Bei Hausverkäufen ist eine Provision im Betrage von 2 Prozent des Kaufpreises üblich. **Auslagen werden dem Mäkler im Zweifel nicht erstattet**, sie bilden sein Risiko, wie seine Bemühungen (Dernburg, Preußisches Privatrecht, 2, § 190 a. E.; vergl. ROHG. 19, S. 258). Auch ungewöhnliche Auslagen können hievon nicht ausgenommen werden (anders Puchelt in Busch, Arch. 13, S. 426).

§ 7. B. **Als Verpflichteter zur Zahlung der Provision steht ihm lediglich sein Mandant gegenüber** (Links 5879; GlUNF. 2164 Cosack, S. 245): ein weiterer privatrechtlicher Unterschied von dem amtlichen Handelsmäkler, welcher letztere seine Courtage nach Art. 83 von beiden Teilen zu fordern hat. Auf den Privathandelsmäkler wendet das RG. (Bolze 1, Nr. 973) mit Unrecht den Art. 83 analog an. Als Auftraggeber und Zahlungspflichtiger gilt dabei derjenige, der sich die Vermittlerdienste gefallen läßt (Bolze 7, Nr. 506), außer wenn der Mäkler im Auftrage der Gegenpartei aufgetreten war (Bolze 5, Nr. 583). Doch ist die eben zitierte Entscheidung in Bolze 7, Nr. 506 mit Vorsicht aufzunehmen, abgesehen davon, daß ihr Sinn bei Bolze nur ungenau wiedergegeben ist (vergl. Neubauer, S. 7). Wenn auch nicht die Initiative vom Kommittenten auszugehen braucht, so ist doch wohl zu unterscheiden, ob man jemandem gestattet, Offerten zu bringen, oder ob man ihm den Vermittlungsauftrag erteilt (Bolze 17, Nr. 379). Es muß der animus obligandi auf Seiten des Prinzipals bewiesen werden (Riesenfeld bei Gruchot 37, S. 260). Besonders dann wird das bloße Gefallenlassen der Mäklerdienste als Auftrag nicht zu gelten haben, wenn usancemäßig der andere Teil die Provision zahlt. Hier hat der Verkäufer den Mäkler zu bezahlen (Neubauer, S. 8). Bezieht sich das auch nur auf das Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten (Cosack, S. 245), so kann doch der Käufer, wenn er dem Mäkler keinen ausdrücklichen Auftrag erteilt hat, zunächst davon ausgehen, daß der Mäkler im Auftrage des Verkäufers erscheint, und sein Verpflichtungswille wird nicht so kurzerhand festzustellen sein (vergl. auch die Einleitung zu Art. 290).

§ 8. C. **Die weitaus wichtigste Frage aber ist die nach der Voraussetzung der verdienten Mäklerprovision.** Für diese Frage ist Art. 82 analog anwendbar. Denn hier handelt es sich um das allgemeine Wesen der Vermittlungs-

Digitized by Google

tätigkeit. Nur ist die Provision des Privatmäklers nicht von Gesetzes wegen von der Zustellung der Schlußnoten abhängig (vielleicht durch Vertrag oder Handelsgebrauch).

Die Voraussetzung der verdienten Provision ist nun, daß der beabsichtigte Endzweck der Mäklertätigkeit durch dieselbe erreicht ist. Der Endzweck besteht in dem Zustandekommen des Vertrages; da aber die Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrages durch schwebende Bedingungen in Frage gestellt werden kann, so ist in Art. 82 weiter bestimmt, daß der Vertrag auch unbedingt geworden sein muß, damit die Provision verdient sei. Hienach ist gefordert: ein durch die Tätigkeit des Vermittlers zu stande gekommener und, wenn bedingt, geschlossener, demnächst unbedingt gewordener Vertrag.

1. **Der Vertrag muß zu stande gekommen sein.** Daraus ergibt sich:

a) **Bis zum Abschluß** bleibt der Auftraggeber Herr des Geschäftes (P. 974; Bolze 2, Nr. 921; 20, Nr. 408). Er ist jederzeit berechtigt, den Auftrag zu widerrufen oder das ihm vom Vermittler aufgetragene Geschäft ohne besonderen Grund zurückzuweisen. Er ist dem Mäkler gegenüber nicht verpflichtet, das Geschäft abzuschließen (Bolze 1, Nr. 971; 20, Nr. 408; OLG. Frankfurt in GZ. 43, S. 340; Krainz-Ehrenzweig, § 376; dagegen F. Mayer, S. 11, und mit ihm die Praxis der Gerichte, z. B. GlU. 1433, 12.352; GlUNF. 639, 2164, die den vom Lohnvertrag handelnden § 1155 ABGB. hier anwenden), auch wenn es genau seinen Instruktionen entspricht. Der richtige Gesichtspunkt wird bei GlUNF. 2754, vertreten; dort wird auch die Unanwendbarkeit des § 1155 ABGB. auf den Fall des widerrufenen Auftrages ausgesprochen. Selbst von einem vorbereitenden Abkommen, wenn es nur kein Abschluß des geplanten Geschäftes war, kann der Auftraggeber willkürlich zurücktreten (Bolze 9, Nr. 326). Doch kann sich der Auftraggeber Beschränkungen in dieser Hinsicht auferlegen, z. B. wenn er dem Vermittler das Geschäft auf eine bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben hat" (Behrend, § 58, Anm. 7; vergl. RG. 22, S. 378). Über den Abschluß des Geschäftes nach Widerruf des Mäkleraufträges siehe unten § 17. Kommt das Geschäft aus irgend welchem Grunde nicht zu stande, so steht dem Mäkler keine Provision zu, also **nicht für bloße Bemühungen** (ROHG. 11, S. 200; Bolze 16, Nr. 358; GlUNF. 2754; dagegen OGH., 5. Juni 1903, JBl. 1904, Nr. 47, wo dem Mäkler gegen den Prinzipal, der das Geschäft unter Intervention eines anderen Vermittlers abgeschlossen hatte, ein Anspruch auf Ersatz der Barauslagen und Entschädigung für seine Mühewaltung zugesprochen wurde). Diese bilden sein Risiko. „Der Mäkler ist eben kein Lohnarbeiter, sondern ein Unternehmer, den ein gelungenes Geschäft für viele fehlgeschlagene entschädigen muß" (Krainz-Ehrenzweig, § 376 a. E.). Dies gilt selbst dann, wenn der Mäklervertrag nur seine Bemühungen erwähnt („Honorar auf alle Fälle"), weil der Geschäftsabschluß als selbstverständlich vorausgesetzt wird (GZ. 8, S. 191), es müßte denn ausdrücklich der Lohn für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages versprochen sein. Hierin liegt weder Schenkung, noch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe (Krainz-Ehrenzweig, § 376, N. 19, gegen GlUNF. 739). **§ 10.**

Digitized by Google

§ 11. b) **Der Abschluß ist erforderlich** (RG. 25, S. 320). Dazu gehört, daß beide Parteien ihren Konsens erklärt haben[8]), das heißt nicht bloß im allgemeinen, sondern speziell damit, daß der Abschluß mit dieser Gegenpartei erfolge. Daher wird der Kauf nicht schon dadurch perfekt, daß der vom Mäkler geworbene Käufer dem Mäkler seinen Konsens erklärt, vielmehr muß der Verkäufer die Person des Käufers erfahren und genehmigt haben (ROHG. 7, S. 105), außer wenn etwa der Mäkler zum Abschlusse autorisiert wurde, worin aber mehr als ein Mäkleraufträg läge (vergl. § 3 zu Art. 66). Der Konsens muß ferner rechtsgültig erklärt sein. Rechtsungültig ist der Vertrag, ein verbotenes Geschäft zu vermitteln (bezüglich der verbotenen Terminhandelsgeschäfte spricht dies § 16, Abs. 2 des Terminhandelsgesetzes, ausdrücklich aus); der Auftrag, ein Differenzgeschäft zu vermitteln, ist dagegen gültig und klagbar (a. M. Krainz-Ehrenzweig, N. 18 d, und GlUNF. 963). Haben die Parteien die Perfektion des Vertrages von der Zustimmungserklärung einer dritten Person abhängig gemacht, so ist vor Erteilung dieser Zustimmung die Provision nicht verdient (GlU. 14.023), ebenso wenn die Gültigkeit des Geschäftes von einer vormundschaftsbehördlichen Genehmigung abhängig ist (GlU. 10.456; vergl. GlUNF. 897). Gehört zur Rechtsgültigkeit eine besondere Form, was bei Handelsgeschäften seltener der Fall sein wird, aber auch möglich ist (Gründung, Aktienzeichnung), so muß auch diese erfüllt sein (nicht unbedenklich RG. 25, S. 319; vergl. auch die Bedenken bei Neubauer, S. 15; richtig RG. 29, S. 230); das gleiche gilt, wenn die Parteien gemäß § 884 ABGB. eine besondere Form vereinbart haben (GlU. 14.023). Ein bloßer Vorvertrag, gerichtet auf Abschluß des zu vermittelnden Geschäftes, genügt nicht (GlU. 10.456). Gleichgültig ist dem Vermittler gegenüber, wie die Parteien über die Rechtsgültigkeit denken, und ob sie darüber im Zweifel sind (Bolze 13, Nr. 371). **Ferner ist es gleichgültig, ob der Vertrag auch tatsächlich erfüllt wird** (AblCl. 1170; ROHG. 14, S. 426; Seufferts Arch. 40, S. 26; Bolze 16, Nr. 355; dagegen GlUNF. 2593); ob er insbesondere nicht erfüllt und auf Erfüllung nicht gedrungen wird, weil der Vertrag von den Parteien für rechtsunverbindlich erachtet wird (Bolze 13, Nr. 371); oder ob etwa öffentlichrechtliche Gründe, z. B. ein Ausfuhrverbot, die Erfüllung hindern (Bolze 16, Nr. 355; teilweise, jedoch nicht in dem hier interessierenden Teile abgedruckt in RG. 30, S. 80); ob er vertragsmäßig erfüllt wird oder mangelhaft oder verspätet, selbst wenn im letzteren Falle ein Rücktrittsrecht gegeben ist und geltend gemacht wird (Seufferts Arch. 40, S. 26); ob die Gegenleistung tatsächlich erzwungen werden kann oder der Gegner unvermögend ist, zu erfüllen. Denn des Mäklers Pflicht erschöpft sich in der Zuführung des Kontrahenten und dem Zustandebringen des beiderseitigen Konsenses; die Prüfung der Ware auf ihre Güte, des Gegenkontrahenten auf Sicherheit und Zuverlässigkeit ist Sache der Partei selbst, die gerade durch ihre Zustimmung zu erkennen gibt, daß ihr alles konveniere (vergl. näheres § 3 zu Art. 81). Mit Unrecht wurde bei GlUNF. 2593

[8]) Der Abschluß muß auch zwischen zwei fremden Personen erfolgen. Ist der Mäkler selbst als Kontrahent aufgetreten, so kann er keine Provision verlangen (Bolze 13, Nr. 370). Der Art. 376 ist nicht analog anwendbar.

Digitized by Google

trotz Abschluß des vermittelten Kaufvertrages der Provisionsanspruch wegen Zahlungsunfähigkeit des Käufers aberkannt. Überall gestaltet sich die Sache anders, wenn der Mäkler durch Verletzung seiner Pflichten die Aufhebung des Vertrages verschuldet hat (Bolze 17, Nr. 380). Sicherlich unerheblich ist es ferner, ob die Parteien die **Wiederaufhebung des Vertrages vereinbart haben** (P. 149; Glü. 15.117; GlüNF. 398; Obertribunal in Busch, Arch. 20, S. 69; RG. 25, S. 319). Dagegen berechtigt die Feststellung, daß das vermittelte Geschäft nicht rechtswirksam zu stande gekommen ist (z. B. wegen Geisteskrankheit des Auftraggebers) die gezahlte Provision zurückzuverlangen (GlüNF. 897).

Beim Darlehensvertrage ist es streitig, ob die Provision verdient ist mit dem Abschluß des pactum de mutuo dando oder erst mit der Auszahlung des Darlehens. Düringer und Hachenburg, I., S. 304, und F. Mayer, S. 12, erklären sich für das erstere (ebenso OLG. Prag bei Glü. 9761), Dernburg (Bürgerl. Recht II, § 339), und Förster-Eccius (2, § 138, Nr. II) für das letztere, ebenso Glü. 14.104, ferner ebenso RG. 39, S. 231, letzteres aber mit der richtigen Einschränkung, daß im Einzelfalle die Sache anders liegen kann, und auf Grund dieser Einschränkung hat das Kammergericht (bei Perl und Wreschner, 1897, S. 106) den zutreffenden Satz ausgesprochen, daß bei den sogenannten Baugelderdarlehen schon mit dem Abschluß des Vertrages die Provision verdient ist. Wir folgen dieser Judikatur. Übrigens kann auch der Darlehensnehmer zur Empfangnahme des Darlehens auf Grund des pactum de mutuo dando gezwungen werden. Allerdings muß das pactum de mutuo dando unbedingt zu stande gekommen sein; kann oder will der Darlehenswerber die vom Darlehensgeber für die Gewährung des Darlehens gestellten Bedingungen nicht erfüllen, so ist die allgemeine Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruches, die Unbedingtheit des Geschäftes (vergl. unten § 12), nicht vorhanden. Vergl. auch die vom OGH. bestätigte Entscheidung des OLG. Prag bei Glü. 14.104. Die neuere Auffassung neigt übrigens dahin, in dem Darlehensvertrage einen reinen Konsensualvertrag zu erblicken (vergl. den Aufsatz: Über das Konsensualdarlehen von Kohler in seinem und Rings Arch. für bürgerliches Recht 2, S. 211; Hasenöhrl, I., S. 363; dagegen Schey, Obligationsverhältnisse, 1. Heft, S. 36).

Selbstverständlich aber kann die Provisionsabrede anders getroffen sein und von der Erfüllung abhängig gemacht werden. So liegt unter Umständen eine wesentliche Abänderung in der Stipulation: Zahlung soll erfolgen nach Übergabe, nach Auflassung, nach der ersten Anzahlung. Darin kann nach Lage des Falles eine Bedingung, nicht eine bloße Befristung liegen. Alsdann genügt es nicht, daß der Vertrag abgeschlossen ist, vielmehr muß es außerdem noch zu jenen Erfüllungsakten gekommen sein, nur darf der Eintritt dieses Aktes nicht durch den Auftraggeber vereitelt werden. Doch ist dies nicht dahin zu verstehen, daß jede Vereitlung oder auch nur jede schuldhafte Vereitlung dem Prinzipal entgegengehalten werden kann. Vielmehr sind nur dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruches gerichtete Vereitlungen gemeint. Bleibt die Erfüllung des

Digitized by Google

Gegenkontrahenten aus wegen Mangels der Erfüllung seitens des Auftraggebers oder auch aus Willkür, so ist der Provisionsanspruch in solchem Falle dennoch nicht entstanden. Denn wie der Auftraggeber dem Mäkler gegenüber nicht verpflichtet ist, das Geschäft zu schließen, so ist er diesem gegenüber auch nicht verpflichtet, das Geschäft gehörig zu erfüllen, nur damit der Provisionsanspruch existent werde (vergl. Bolze 6, Nr. 491, und den folgenden § 12).

§ 11a. c) **Der Prinzipal muß bewußterweise auf Grund der Vermittlertätigkeit abgeschlossen haben.** Sache des Mäklers ist es, es dem Mandanten zum Bewußtsein zu bringen, daß das Geschäft durch seine Vermittlung zu stande gekommen ist, damit bei der Preisbestimmung die Provision in Rechnung gezogen werden kann. Sonst ist die Provision nicht verdient (RG. 31, S. 189; vergl. § 4c), und zwar muß erkennbar sein, daß ihm und nicht der Gegenpartei ein Dienst geleistet werde (Bolze 17, Nr. 379).

§ 12a. 2. **Der Vertrag muß unbedingt geworden sein.** Bei suspensiv bedingtem Abschluß ist vor Eintritt der Bedingung keine Provision verdient (Bolze 7, Nr. 508). Bei resolutiv bedingt abgeschlossenem Geschäfte kann der Vermittler sofort die Provision fordern, muß sie aber nach Eintritt der Bedingung zurückstellen (Riesenfeld bei Gruchot 37, S. 544, Bolze 7, N. 503; GllNF. 1808; Krainz-Ehrenzweig, N. 18a; a. M. P. 149; Behrend, § 58, Anm. 8). Wenn selbst Art. 82 die Resolutivbedingung der Suspensivbedingung gleichstellt (vergl. § 2 zu Art. 82), so könnte diese Ausnahmsbestimmung auf Privatmäkler nicht angewendet werden (Riesenfeld a. a. O.). Wenn derjenige, der aus der Nichterfüllung der Bedingung Vorteil hat, deren Eintritt absichtlich verhindert, so gilt ihm gegenüber die Bedingung als erfüllt; Pfaff, JBl. 1884, Nr. 16; Krainz-Ehrenzweig, § 109, Note 2). Welcher Ansicht man immer über die Fiktion der Erfüllung nach österreichischem Rechte sein möge: im Verhältnis des Mäklers zum Kommittenten kann nur die dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruches gerichtete Vereitlung gemeint sein (vergl. § 11; ein Beispiel Bolze 19, Nr. 458). Als bedingter Kauf gilt es auch, wenn der Kaufpreis in Aktien einer erst zu gründenden Gesellschaft bedungen ist (AppGer. Celle in GZ. 22, S. 354). Den Bedingungen stehen vertragliche **Widerrufs- und Reurechte** gleich (Behrend, § 58, Anm. 20; Kammergericht bei Perl und Wreschner, 1890, S. 46). Auch diese müssen erledigt sein, und es macht keinen Unterschied, wenn dem Auftraggeber das Widerrufsrecht vorbehalten ist, weil dann feststeht, daß dieser sich noch nicht definitiv hat entschließen können, das Geschäft zu machen (a. M. OLG. Kiel bei Seuffert 40, Nr. 16).

§ 13. 3. **Das Zustandekommen des Vertrages muß auf der Tätigkeit des Mäklers beruhen.**[9]) Zwischen Konsens und Mäklertätigkeit muß ein Kausalnexus bestehen (Gll. 9087).[10]) Es genügt daher nicht, daß der Mäkler sich einerseits bemüht und andrerseits die Parteien das Geschäft abgeschlossen haben, wenn beides nicht in ursächlichem Zusammenhange steht.

[9]) Von dem Nachweisauftrage gilt dies nicht (RG. bei Gruchot 24, S. 987). Doch muß der Nachweis erfolgen zu einer Zeit, wo der Gegenstand als verkäuflich noch unbekannt ist (Bolze 11, Nr. 317).

[10]) Sonst kann der Mäklerlohn nicht gefordert werden. Es kann in solchem Falle nicht etwa wenigstens eine Gebühr für den Nachweis gefordert werden.

Digitized by Google

(Die Tätigkeit des Vermittlers braucht jedoch nicht die alleinige Ursache zu sein [Bolze 19, Nr. 456; RG. v. 5. Febr. 1894 in JW., S. 131, 132]). Für diesen Kausalzusammenhang besteht, auch wenn die Bemühungen einerseits und die Perfektion des Geschäftes andrerseits feststehen, keinerlei Vermutung (Bolze 11, Nr. 741; vergl. § 2 zu Art. 82). Liegt er aber vor, so kommt es auf den Umfang der Vermittlertätigkeit nicht an (dagegen F. Mayer, S. 7, der grundsätzlich eine gewisse Intensität der Mäklertätigkeit verlangt). Dieser Grundsatz ist in folgenden praktischen Einzelfragen zur Anwendung gelangt:

a) **Schon in der Zuführung** des Käufers kann der Kausalnexus zwischen Vermittlertätigkeit und Vertragsabschluß liegen, wenn es eben einer weiteren Mitwirkung nicht bedurfte, um den Konsens zu erzielen (RG. 6, S. 187; Krainz-Ehrenzweig, § 376; dagegen Mayer, S. 7; GlU. 6467, 13.769; GlUNF. 222, 1320). Der Provisionsanspruch fällt dadurch nicht weg, daß der Kommittent den Mäkler zum Vertragsabschlusse nicht zuzieht (GlU. 2040; GlU. 15.780; Bolze 15, Nr. 306; OLG. Braunschweig in GZ. 38, S. 232), wie es überhaupt auf das Maß seiner Tätigkeit nicht ankommt (Seufferts Arch. 34, S. 173; GlUNF. 1320: die vom Vermittler eingerückte Zeitungsannonce hatte die Stellung eines erfolgreichen Kaufanbotes bewirkt). Jedoch muß der Mäkler es wirklich gewesen sein, der den Kontrahenten zugeführt hat, was nicht der Fall ist, wenn derjenige, dem der Verkaufslustige genannt ist, denselben seinerseits einem anderen mitteilt, der dann das Kaufgeschäft macht (Bolze 6, Nr. 490; dagegen GlUNF. 3086, wo allerdings besondere Umstände obwalteten), oder wenn der Zugeführte dem Auftraggeber als zum Abschluß des Geschäftes oder als im allgemeinen zum Abschluß derartiger Geschäfte geneigt bereits bekannt ist (RG. 6, S. 188), so z. B. wenn man einem Darlehenssucher eine Hypothekenbank nennt, oder wenn der Zugeführte vom Auftraggeber gleich bei Erteilung des Auftrages in Aussicht genommen wurde (GlU. 10.181). Auch dann kann der Mäkler keine Provision verlangen, wenn es einer eigentlichen Vermittlertätigkeit bedurfte und diese ein anderer geleistet hat (Bolze 7, Nr. 499), selbst wenn der Auftraggeber von der Fortsetzung der Bemühungen seitens des ersten Mäklers Kenntnis gehabt hat; denn man ist durch Erteilung eines Vermittlungsauftrages nicht gehindert, sich noch eines anderen Mäklers zu bedienen (Bolze 11, Nr. 317 b; GlU. 15.907; OGH., 5. Juni 1903, JBl. 1904, Nr. 47); oder wenn der Zugeführte zu jener Zeit zum Kaufe nicht entschlossen war, später aber durch die Bemühungen der Partei selbst der Vertrag zu stande kommt (Bolze 3, Nr. 640); 13, Nr. 372); oder wenn gar die Verhandlungen scheiterten und erst später ohne Zutun des Mäklers wieder aufgenommen und zum Abschluß geführt werden (RG. 6, S. 188; Bolze 1, Nr. 972). Immerhin wird aber in solchen Fällen vorsichtig zu erwägen sein, ob nicht trotz des Dazwischenliegens eines Zeitraumes oder einer gescheiterten Verhandlung der Kausalnexus doch besteht (vergl. z. B. Bolze 15, Nr. 306). Von diesem Gesichtspunkte aus kann auch den auf § 1155 ABGB. gestützten Entscheidungen des OGH. bei GlUNF. 639, 1020, im Ergebnis beigestimmt werden (vergl. die zutreffende Begründung des in JBl. 1900, Nr. 23 von Horowitz mitgeteilten Schiedsspruches der Wiener Produktenbörse). **§ 14.**

Digitized by Google

§ 15. b) **Die Parteien müssen dasjenige Geschäft abgeschlossen haben, welches der Vermittler angetragen hat.** Haben sie ein anderes Geschäft abgeschlossen oder hat der eine Kontrahent das Geschäft mit einem anderen gemacht (Bolze 6, Nr. 494), so ist die vertragsmäßige Provision nicht verdient, ebenso nicht bei Ausführung in anderer Weise (Bolze 7, Nr. 501). Der Mäkler erhält daher die vertragsmäßige Provision nicht, wenn sie ihm zugesichert wurde für den Fall der Erzielung eines bestimmten Kaufpreises und ein geringerer erzielt wurde (GlUNF. 1320; OLG. Braunschweig in GZ. 38, S. 233; ebenso RG. bei Neubauer, S. 15). Vergl. Bolze 10, Nr. 414 — ausbedungen war ein schuldenfreies Grundstück; OGH., 12. Dez. 1866, GH. 1867, S. 204 — Verschaffung einer Stelle in einem Detailgeschäfte statt in einem Engrosgeschäfte; GlU. 12.008 — Vermittlung eines Hypothekardarlehens auf eine mit Servituten belastete statt lastenfreie Realität. Allein auch hier wird vorsichtig zu erwägen sein, ob nicht der Abschluß des in veränderter Form ausgeführten Geschäftes doch auf die Vermittlertätigkeit zurückzuführen ist, oder ob nur gelegentlich ein wirklich anderes Geschäft gemacht worden. Man wird nicht fehlgehen, wenn man das hier in Frage stehende Prinzip mit dem RG. (bei Bolze 9, Nr. 324) dahin formuliert: Der Anspruch auf Provision kann nicht davon abhängen, ob das Geschäft ganz nach den ursprünglich geplanten Modalitäten oder unter Mitwirkung der ursprünglich ins Auge gefaßten Personen zu stande kam, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist (vergl. z. B. Bolze 8, Nr. 431; Nr. 363; 16, Nr. 357; vergl. auch F. Mayer: „solange wirtschaftlich das gleiche Geschäft vorliegt"). Gelingt es dem Mäkler nicht, einen Geschäftsabschluß herbeizuführen, der sich im wesentlichen mit dem Inhalte des Auftrages deckt, läßt sich aber der Kommittent die Vermittlung des Mäklers so weit gefallen, daß er das ihm angebotene Geschäft anderen Inhaltes abschließt, so wird dem Mäkler der Anspruch auf eine angemessene Provision nicht zu versagen sein; wobei aber als angemessen nicht etwa ohneweiters zu betrachten ist eine nach Verhältnis des geringeren Wertes des erzielten zu dem in Aussicht genommenen Erfolge zu bestimmende Quote der versprochenen Provision (RG. v. 28. März 1894 in JW., S. 200, 201; GlU. 595, 6845, 12.162).

§ 16. 4. Es kann trotz dieser Voraussetzungen der Anspruch als nicht bestehend zu betrachten sein, **wenn der Mäkler seine wesentlichen Verpflichtungen verletzt hat,** so besonders, wenn er kollidierende Aufträge entgegengenommen (Bolze 5, Nr. 582) oder Umstände verschwiegen hat, die seinen Auftraggeber vom Vertrage abgehalten hätten, insbesondere wenn er die Zahlungsunfähigkeit des Käufers dolos verschwiegen (Bolze 4, Nr. 647) oder die Aufhebung des vermittelten Geschäftes durch seine Schuld herbeigeführt hat (Bolze 17, Nr. 380). Über Annahme einer Belohnung von der anderen Partei vergl. oben § 4.

§ 17. 5. **Es kann aber auch ein dolus der Partei gegenüber dem Mäkler vorliegen.** Der darin bestehende dolus, daß die vom Mäkler zusammengebrachten Parteien mit Umgehung des Mäklers direkt abschließen, kommt nicht in Betracht, weil in solchem Falle die Provision regelmäßig doch verdient ist (vergl. oben § 14, und Rocholl, Rechtsfälle des RG. 2,

Digitized by Google

S. 87); wohl aber ist der dolus erheblich, der in solchem Gebaren unter Kündigung des Auftrages liegt. In solchem Falle ist die Provision nicht verdient, wohl aber ein dem Betrage der Provision gleichkommender Schadensanspruch begründet. Der dolus setzt aber voraus, daß der Kommittent bei seinem Rücktritte bereits den später ausgeführten Entschluß gefaßt hatte, das vom Mäkler vermittelte Geschäft abzuschließen (vergl. hierüber Rocholl 2, S. 99), weitergehend Kammergericht bei Perl und Wreschner, 1895, S. 45, welches annimmt, der Mäkler habe trotz des Widerrufes den Anspruch auf den Mäklerlohn, wenn er bereits vor dem Widerrufe Dienste geleistet hat und der Kommittent nach dem Widerrufe diese Dienste benützt und daraus Vorteil zieht.

6. **Zur Durchführung seiner Ansprüche** steht dem Mäkler, wenn die Provision in einem Bruchteile des Gewinnes am vermittelten Geschäfte besteht, das Recht auf Rechnungslegung zu, zu der jedenfalls die Vorlegung der Bücher gehört (RG. v. 5. Juni 1894 bei Gruchot 38, S. 1130; Krainz-Ehrenzweig, N. 21); dagegen hat der Vermittler keinen Anspruch auf eidliche Angabe der abgeschlossenen Geschäfte nach Art. XLII EinfG. zur ZPO. (a. M. GlUNF. 1158, OGH. 22. März 1906, ZBl. 1906, Nr. 298). Vergl. § 9 im zweiten Zusatze. § 18.

7. **Der Erfüllungsort** richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (Art. 324). Daß dort, wo das vermittelte Darlehen zu zahlen ist, auch die Provision zu zahlen sei, dafür läßt sich nichts herleiten (Bolze 18, Nr. 303). § 19.

Zweiter Zusatz.

Von den Agenten.[1] [2]

Einleitung.

Man hat bei der Beratung des HGB. Vorschriften über die Agenten zu geben unterlassen, weil es sich um einen rechtlich nicht fixierten Begriff handle. Allein dem ist nicht so. Freilich werden mit dem Worte „Agenten" verschiedene Arten von Geschäftsleuten bezeichnet, so auch die Kommissionäre, die Privatmäkler, diejenigen Geschäftsleute, welche sich dem Publikum zur Besorgung von geschäftlichen Angelegenheiten aller Art anbieten. Allein in einem engeren Sinne werden Agenten diejenigen Personen genannt, deren sich Handlungshäuser bedienen, um — vornehmlich am auswärtigen Handelsplatze — dauernd für den Umsatz ihrer Ware zu sorgen und hiebei ihr Interesse zu wahren, jedoch ohne daß dieselben in einem Dienstverhältnisse ständen. Die Agenten in diesem engeren

[1]) Literatur: Felix Mayer, Mäkler und Agenten nach österreichischem Rechte, 1899; Nemethy, über die Wirkung eines vom Vermittler verabredungswidrig ausgeführten Antrages (GZ. 1899, Nr. 10); Herrmann, Die rechtliche Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten, 1897; Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, 1900; Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler (I. das Recht der Agenten); Wüstendorfer, Der Handelsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus, GZ. 58, S. 118.

[2]) Die an Stelle der §§ 59 und 60 GewO. getretenen Bestimmungen des Ges. v. 25. Febr. 1902, RGBl. Nr. 49, enthalten über das Agenturverhältnis keine privatrechtlichen, sondern nur gewerberechtliche Vorschriften. Von der Einhaltung derselben ist die Gültigkeit der unter Vermittlung des Agenten abgeschlossenen Geschäfte und die Kaufmannsqualität des Agenten nicht abhängig (vergl. bei Art. 11 und 276). Das gleiche gilt auch von den Bestimmungen des Ges. v. 21. Jän. 1897, RGBl. Nr. 27, über die Vermittlung von Auswanderungsgeschäften (vergl. über Auswanderungsagenten Immerwahr, S. 30.)

Digitized by Google

Sinne sind es, von denen hier gehandelt werden soll. Der Begriff derselben ist rechtlich wohl fixiert.

§ 1. **Das Wesentliche ihrer rechtlichen Stellung ist, daß sie zu einem Handlungshause nicht in ein Dienstverhältnis, wohl aber in ein Vertragsverhältnis treten, Inhalts dessen sie in einem begrenzten Gebiete durch Vermittlung von Kaufgeschäften dauernd für den Absatz der Ware zu sorgen und hiebei, besonders im Verkehre mit den Kunden, die Interessen des Handlungshauses zu wahren haben.** (Vergl. die Definition in RG. 31, S. 60, wo jedoch das wesentliche Kriterium der Vermittlung fehlt.) F. Mayer teilt die Agenten in solche, die die Geschäfte vorbereiten, und solche, welche die Geschäfte abschließen (S. 22). Richtig sollte es heißen: „die sie auch abzuschließen haben". In dieser Richtung ist auch die Begriffsbestimmung des § 84 d. HGB. ungenau (vergl. Staub [8], Anm. 4, zu § 84).

Mit dem Handlungsgehilfen gemeinsam haben sie, daß sie für Dienstleistungen bezahlt werden. Sie unterscheiden sich von ihm dadurch, daß sie nicht in einem Dienstverhältnis zum Prinzipal stehen (vergl. unten § 6). Mit den Mäklern haben die Agenten gemeinsam, daß ihre Tätigkeit in der Geschäftsvermittlung besteht, sie unterscheiden sich aber von ihnen dadurch, daß die Mäkler Augenblicksvermittler sind, während die Agenten in dauernde Beziehung zum Kommittenten treten (Mayer a. a. O.; Krainz-Ehrenzweig, § 376, Note 14; Randa, I., S. 201; Immerwahr, S. 443), dessen Interessen der Agent stets wahrzunehmen verpflichtet ist. Deshalb ist das Verhältnis zwischen Kommittenten und Agenten, wenn auch letzterer zur Erzielung von Aufträgen nicht verpflichtet ist, als ein Lohnvertrag aufzufassen (Immerwahr, S. 8 ff.; F. Mayer, S. 24; Staub [8], Anm. 5 zu § 84, dort auch weitere Mitteilungen aus Judikatur und Literatur); durch diesen Dienstvertrag wird jedoch nicht das Verhältnis eines Handlungsgehilfen begründet. Auch das Verhältnis zu dem Agenten mit Abschlußvollmacht steht unter den Regeln des Lohnvertrages, und nicht des Bevollmächtigungsvertrages; denn beim Agenturverhältnis überwiegt die in der Vermittlung bestehende Arbeitsleistung tatsächlicher Natur über die rechtsgeschäftliche Vertretung (vergl. Schey, S. 494).[3]) Soweit jedoch die Tätigkeit des Agenten in einer „Geschäftsbesorgung" besteht, finden die Grundsätze des Bevollmächtigungsvertrages Anwendung (§ 1159 ABGB.; vergl. Schey, S. 494).

§ 2. 1. **Die Agenten sind Kaufleute** im Sinne des Art. 4 HGB., da sie gewerbemäßig Handelsgeschäfte vermitteln, und zwar in selbständiger, nicht dienstlicher Stellung (Art. 272, Nr. 4; RG. v. 30. Okt. 1884 in der Rechtsprechung des RG. in Strafsachen 6, S. 674; vergl. Immerwahr, S. 34). Daraus folgt ihre Pflicht zur Führung von Büchern, die Möglichkeit der Vereinigung zu offenen Handelsgesellschaften, ihr Provisionsanspruch nach dem HGB., ihre Verpflichtung zur Firmenregistrierung, wenn die Voraussetzungen des § 7 EinfG. zum HGB. vorliegen (AdlCl. 1711), ihre Verpflichtung zur Anmeldung des Geschäftsbetriebes bei der Gewerbebehörde (jetzt ausdrücklich ausgesprochen in dem durch das Ges. v. 25. Febr. 1902, RGBl. Nr. 49, neu eingeführten § 59 c GewO.). Auch der ein Dienstverhältnis voraussetzende Kompetenzgrund des § 39, Z. 2 EinfG. zum HGB., und der § 5 GewGG. findet auf sie keine Anwendung (AdlCl. 1311; GlUNF. 2679).

[3]) Schey scheint von einer anderen als der im Texte angeführten tatsächlichen Voraussetzung auszugehen, wenn er S. 505 das Verhältnis zu dem mit Vertretungsmacht in irgend einem Punkte ausgestatteten Mäkler oder Agenten schlechthin den Normen des Bevollmächtigungsvertrages unterstellt.

Digitized by Google

2. **Die Vollmacht des Agenten.** Insbesondere handelt es sich um die Vollmacht zu Geschäftsabschlüssen, zur Entgegennahme und Genehmigung von Dispositionsstellungen und zur Empfangnahme von Zahlungen. **§ 3.**

a) **Die Vollmacht zu Geschäftsabschlüssen.** Der OGH. hat wiederholt als Grundsatz ausgesprochen, sie bestehe nur dann, wenn sie besonders erteilt sei (vergl. § 1 zu Art. 49, und ROHG. 5, S. 169, sowie AdlCl. 1803). Eine gesetzliche Präsumtion gebe es nicht. Dieser Grundsatz ist zu billigen, und es kann hinzugefügt werden, daß die von den Handlungshäusern für ihre Agenten gebrauchte Bezeichnung „Vertreter" nicht in der juristisch-technischen Bedeutung eines Bevollmächtigten, sondern nur in dem Sinne gebraucht wird, daß der Agent der Mann ist, um die Interessen des Hauses dauernd zu wahren (Bolze 11, Nr. 210; AdlCl. 344; Cosack, S. 222; Förtsch, S. 810; Herrmann, S. 12). Allein wenn man daraus die Folgerung ziehen wollte, daß sich der Vertragsabschluß durch Agenten ebenso vollzieht, wie der durch gewöhnliche Mäkler, das heißt so, daß beide Parteien ihren Konsens zu erklären haben, so würde man fehlgehen. Denn da der Agent dazu bestellt ist, um fortgesetzt Geschäfte zu vermitteln, und es sich hiebei im Regelfalle nur um die Erzielung des Konsenses des Kunden handelt, während das Einverständnis des Lieferanten zum Abschlusse des einzelnen Geschäftes regelmäßig vorausgesetzt wird, zumal wenn es sich um einen Kunden handelt, mit dem bereits Geschäfte gemacht sind, so kann der Kunde das Geschäft als abgeschlossen betrachten und auf Effektuierung rechnen, wenn nicht seitens des Hauses sofortiger Widerspruch erfolgt (zust. Allfeld, S. 239; Canstein, I., S. 403, und F. Mayer, S. 26; jetzt ausdrücklich ausgesprochen in § 85 d. HGB.). F. Mayer führt hier Art. 323 an, dieser setzt aber einen Auftrag im engeren juristischen Sinne voraus (§ 1 zu Art. 323), wird daher nicht immer anwendbar sein. Der Auftraggeber ist dann nicht gebunden, wenn sein Widerruf gleichzeitig oder früher als die vom Agenten überschriebene Order beim Prinzipal eintrifft (AdlCl. 1815). Dabei ist aber vorausgesetzt, daß der Widerruf später als der Auftrag beim Agenten eintrifft. Trifft der Widerruf früher oder gleichzeitig mit dem Auftrage beim Agenten ein und teilt der Agent nur letzteren, nicht ersteren dem Prinzipal mit, so entsteht keine Gebundenheit des Antragstellers; denn der in Art. 320 enthaltene Rechtssatz kann nur als Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes angesehen werden, daß die Wirksamkeit einer Erklärung aufgehoben wird, wenn dem Empfänger derselben gleichzeitig oder früher eine Gegenerklärung zugeht. In dem vorausgesetzten Falle hätte daher der Agent eine an und für sich unwirksame Offerte dem Prinzipal übermittelt (zu demselben Ergebnisse gelangt auf anderem Wege Herrmann, S. 74). Demgemäß gelten auch die mit dem Agenten besprochenen Vertragsbedingungen, wenn das Haus ihnen nicht sofort widerspricht. Das Gegenteil widerstrebt der Sachlage und den Anschauungen des Handelsstandes. So sagt jetzt das RG. (30, S. 28 und 214): „Die Kenntnis des Agenten von der Bedeutung des ihm zugegangenen Auftrages ist dem Prinzipal zuzurechnen" und der OGH. v. 13. Juli 1905, ZBl. 1906, Nr. 17: „Der Prinzipal muß die vom Agenten vermittelten Aufträge, wenn er sie genehmigt, so gelten lassen, wie sie nach den mit dem Agenten gepflogenen Verhandlungen nur gemeint sein können, auch wenn der Agent

Digitized by Google

nicht Vollmacht zum Abschluß hatte" (ebenso Bolze 17, Nr. 478; vergl. auch AdlCl. 1447). Aber natürlich darf die Sache nicht so liegen, daß der Gegenkontrahent gewußt hat, daß das vom Agenten Erklärte dem Willen des Prinzipals widerspricht (RG. 36, S. 43).

Wird bei Entgegennahme des Antrages durch den Agenten ein Formular (Bestellschein, bei Versicherungsverträgen Antragsformulare) vom Kunden unterschrieben und entspricht dessen Inhalt nicht den mit dem Agenten getroffenen mündlichen Vereinbarungen oder hat der Agent den Kunden über den Text des Formulares irregeführt und will der Prinzipal den Vertrag unter den mit dem Agenten getroffenen Vereinbarungen nicht schließen, so ist infolge Nichtübereinstimmung zwischen Antrags- und Annahmeerklärung ein Vertrag nicht zu stande gekommen. Die neuere Judikatur steht durchwegs auf diesem Standpunkte: GlUNF. 870 (vergl. insbesondere die Begründung des in erster Instanz erkennenden Bezirksgerichtes Wien, Innere Stadt II); AdlCl. 2115; GlUNF. Nr. 109, 3056 und auch 424. Vergl. zu dieser Frage Krainz-Ehrenzweig, § 106, N. 25; § 389, (I., 3); dort auch weitere Literaturangaben, ferner Immerwahr, S. 169 ff., S. 184, mit eingehenden Mitteilungen aus der deutschen Judikatur). In allen den genannten Entscheidungen wurde die Anwendbarkeit des § 887 ABGB. auf diesen Fall verneint; derselbe kann, abgesehen von zahlreichen anderen Gründen, hier schon deshalb nicht herangezogen werden, weil er einerseits auf Handelsgeschäfte keine Anwendung findet (vergl. § 8 zu Art. 317), andrerseits eine von beiden Parteien unterschriebene Urkunde voraussetzt, daher nicht auf schriftliche, bloß von einer Seite ausgehende Willenserklärungen bezogen werden kann (vergl. GlU. 6025; AdlCl. 495; Hasenöhrl, I., S. 685).

Soweit der Agent Abschlußvollmacht hat, ist er Handlungsbevollmächtigter nach Art. 47 und es greifen daher alle in Bezug auf den Handlungsbevollmächtigten gegebenen Bestimmungen Platz[4]) (Immerwahr, S. 20). Insbesondere muß angenommen werden, daß hier wie sonst im Handelsverkehre für die Existenz und die Geltungsdauer der Vollmacht nichts anderes maßgebend ist, als das in die äußere Erscheinung tretende Verhalten des Prinzipals (vergl. Einleitung zu Art. 47); zust. Allfeld, S. 239; anders anscheinend ROHG. 22, S. 375; Bolze 11, Nr. 210.

§ 4. b) **Entgegennahme und Gutheißung von Dispositionsstellungen.** Auch hier hat das ROHG. angenommen, daß ein zum Kaufabschlusse bevollmächtigter Agent auch Dispositionsstellungen annehmen, jedoch nicht gutheißen kann (5, S. 105; so auch AdlCl. 179 und F. Mayer, S. 28, während in AdlCl. 991, 1829 und anscheinend auch in AdlCl. 1266 dem Agenten mit Abschlußvollmacht auch das Recht, die Dispositionsstellung gutzuheißen, zugestanden wird). Ein nur zur Entgegennahme von Offerten Beauftragter aber kann nach der Ansicht des ROHG. (15, S. 271), und

[4]) Bei Schaffung des Ges. v. 25. Febr. 1902, RGBl Nr. 49, betreffend die Abänderung und Ergänzung der GewO. (der Bestimmungen derselben über die Agenten und Handlungsreisenden), wurde gegen den Antrag des Gewerbeausschusses davon abgesehen, den Berechtigungsumfang des Agenten zu umschreiben, und beschlossen, dies dem HGB. zu überlassen; eine gesetzliche Neuregelung dieses Punktes wurde gleichzeitig in Aussicht gestellt (Regierungsvorlage zu dem angeführten Ges. [S. 7] Nr. 540 der Beil. zu den stenogr. Prot. des AH., XVII. Session).

Digitized by Google

des OGH. (AdlCl. 1611) auch die Erklärung der Dispositionsstellung nicht rechtswirksam entgegennehmen (ebenso F. Mayer, S. 30; wohl auch Randa, S. 201); vergl. Bolze 3, Nr. 712. Allein der Agent ist dazu da, die Beziehungen zwischen dem Handlungshause und den Kunden dauernd zu pflegen, er hat nicht bloß wie der Mäkler das Geschäft zu vermitteln, sondern sich darüber hinaus auch noch über den Ausfall der Ware zu erkundigen; er nimmt den Tadel für die Vergangenheit sowohl wie die Wünsche für die Zukunft entgegen und steht über alles dies mit dem Hause in stetem brieflichen Verkehr, wie er ja auch hinsichtlich seines Lohnes auf den Enderfolg des Geschäftes, die Bezahlung, angewiesen ist (vergl. § 8). Eine ihm gegenüber erhobene Rüge muß infolge dieser Stellung in jedem Falle als gehörig erfolgt gelten. Diese Annahme entspricht allein den Anschauungen des Handelsstandes und ist juristisch um so unbedenklicher, als die Entgegennahme einer Mängelanzeige nicht zu jenen Akten gehört, welche ein förmliches Vollmachtsverhältnis voraussetzen, wie dies auch bezüglich der Entgegennahme von Kündigungen vom preußischen Obertribunal (Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals 2, S. 554) angenommen worden ist. Eine ähnliche Anschauung kommt in dem Reichsgerichtsurteil in Bolze 20, Nr. 253, zum Durchbruche und ist in § 86 d. HGB. zum Gesetze erhoben worden. Dispositionsstellungen gutzuheißen ist der Agent allerdings nicht berechtigt (vergl. die oben angeführten Entscheidungen).

Was hier von Dispositionsstellungen gesagt ist, gilt analog von den sonstigen Erklärungen, durch welche der Kunde seine Rechte wahrt, z. B. von der Wahlanzeige des Art. 356, von der Erklärung, eine nicht bestellte Ware nicht anzunehmen (vergl. § 15 zu Art. 348); nur zur Entgegennahme, nicht zur Gutheißung dieser Erklärung ist der Agent befugt (anscheinend dagegen AdlCl. 1266). Vergl. hiezu Immerwahr, S. 97: „Passive Stellvertretung" des Agenten.

c) **Empfangnahme von Zahlungen.** Hier ist zu unterscheiden: Es kann sein, daß Art. 49 Platz greift, nämlich wenn der Agent reist und Abschlußvollmacht hat (§ 1 zu Art. 49). Wenn dagegen eine dieser beiden Voraussetzungen fehlt, wenn er also an einem Orte ständig tätig ist oder zwar reist, aber ohne Abschlußvollmacht, so muß ihm die Inkassovollmacht besonders erteilt sein (AdlCl. 344 und 1026), was selbstverständlich auch durch konkludente Handlungen geschehen kann und im Einzelfalle nach Art. 47 zu beurteilen ist. (Judikate: ROHG. 9, S. 104; 13, S. 211: er hat Inkassovollmacht, wenn er sich mit Wissen des Prinzipals geriert, als habe er ein allgemeines Inkassomandat; ROHG. 19, S. 123: die Einziehung von Beträgen gegen Wechsel oder quittierte Rechnungen reicht nicht aus.) Vergl. hiezu Immerwahr, S. 85.

3. Die Pflichten des Agenten. **§ 6.**

a) Gegenüber dem Prinzipal. Sie ergeben sich aus seiner Stellung. Er ist selbständiger Gewerbetreibender und steht zu dem Kaufmanne nicht in dienstlicher Stellung, wohl aber in einem Vertragsverhältnis, das seine besonderen Pflichten erzeugt (OLG. Hamburg in GZ. 34, S. 570; vergl. oben § 1). Er hat die Interessen des Hauses dauernd zu wahren, insbesondere Kaufgeschäfte zu vermitteln und bei allem die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Die Anwendung derselben hat er zu beweisen (ROHG. 6, S. 215). Delkredere steht er zwar nicht (wenn er es übernommen hat, so liegt Bürgschaft vor und es gelten

Digitized by Google

deren Regeln); allein die Kreditfähigkeit der Kunden muß Gegenstand auch seiner Sorge sein. Insbesondere hat er sich zu exkulpieren, wenn der Käufer bald nach Abschluß des Kaufes zahlungsunfähig geworden ist (ROHG. 14, S. 400). Denn er hat sich, anders wie der Mäkler, um die Kreditwürdigkeit des Kunden zu kümmern (ROHG. 22, S. 118; RG. 18, S. 112), nicht bloß bei Entrierung des Geschäftes, auch in der Folgezeit hat er dem Prinzipal alles zu berichten, was ihm an erheblichen Momenten für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit der Kunden bekannt wird (Bolze 17, Nr. 385). Das folgt aus der dauernden Beziehung, in die er zu dem Hause getreten ist. Aus derselben folgt ferner, daß er zwar Agenturen für andere Häuser annehmen darf — es bildet das sogar die Regel, denn er bleibt ja ein selbständiger Kaufmann — doch nicht die einer Konkurrenzfirma (Bolze 3, Nr. 635; OLG. Dresden im Sächsischen Arch. 5, S. 13; vergl. Immerwahr, S. 117). Provision vom anderen Teile sich versprechen zu lassen, verstößt gegen seine Pflichten und entzieht ihm den Anspruch auf Provision seitens des Prinzipals.

Verletzt er seine Pflichten, so hat er den Prinzipal zu entschädigen, und zwar voll und ganz (Art. 283), doch immer nur hinsichtlich des Schadens, der mit seiner Pflichtverletzung ursächlich zusammenhängt (vergl. hierüber RG. 12, S. 17, und § 4 zu Art. 81); er hat hienach nicht das Erfüllungsinteresse, sondern das negative Vertragsinteresse zu vertreten, wenn er dem Kontrahenten fälschlicherweise die Genehmigung der gestellten Vertragsbedingungen durch den Gegenkontrahenten vorspiegelte (OLG. Hamburg in GZ. 36, S. 269). Die in Art. 55 vorgesehenen Rechte gegen den falsus procurator sind gegen den Agenten nicht gegeben (RG. 12, S. 17), außer wenn er sich als Bevollmächtigter ausgegeben hat. Dann greift Art. 298, Abs. 2, Platz (F. Mayer, S. 26).

Der Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Verleitung zur Kreditgewährung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Prinzipal auf einen außergerichtlichen Akkord mit dem Schuldner einging (ROHG. 22, S. 119).

b) Gegenüber der anderen Partei. Der Agent steht zwar mit dieser in keinem Vertragsverhältnisse und tritt auch nicht dadurch zu ihr in ein solches, daß er von ihr auf ihre Initiative einen Auftrag erhält; er handelt auch in solchem Falle als Mandatar seines Handlungshauses (RG. 12, S. 17). Jedoch tritt er, wenn auch außerkontraktlich, in nahen Verkehr zur Gegenpartei und kann auch dieser gegenüber schadenersatzpflichtig werden (vergl. hierüber im Zusatze von den Handelsmäklern § 5). Einen Fall der Haftung des Agenten wegen Betruges, begangen gegenüber der Gegenpartei, siehe bei Bolze 19, Nr. 228.

§ 7. 4. Die Ansprüche des Agenten.

a) **Ihr Inhalt** ist meist eine **Provision**, das heißt eine Quote vom erzielten Kaufpreise, oder eine **Tantième**, das heißt eine Quote vom gesamten Geschäftsgewinn, wobei auch häufig eine Mindesteinnahme garantiert wird, wohl auch ein Gehalt. Doch wird die Stipulierung eines festen Gehaltes meist ein Anhaltspunkt dafür sein, daß ein Dienstverhältnis, keine Agentur beabsichtigt ist. Über Provision und Tantième vergl. §§ 8 und 9 zu Art. 57.

Digitized by Google

Ob, wenn Provision vereinbart ist, dieselbe nur von den zugeführten Geschäften oder von allen Geschäften, welche mit den zugeführten Kunden gemacht werden, dem Agenten zusteht, entscheidet die Abmachung und deren Auslegung. Ist vereinbart, daß einem Agenten in einem gewissen Bezirke die ausschließliche Vertretung des Hauses obliege (sogenannter Bezirksagent), so hat er von allen Geschäften Provision zu beanspruchen, die in jenem Bezirke gemacht werden, auch von den sogenannten direkten Geschäften (ROHG. 16, S. 33; Bolze 3, Nr. 633; 6, Nr. 495; RG. vom 27. April 1881 bei Förtsch, S. 813), und zwar die volle Provision, nicht bloß, wie vom OLG. Braunschweig in GZ. 38, S. 233, angenommen wurde, Ersatz des Interesses, wenn er umgangen wurde; daß er in diesem Falle „Arbeit und Kosten sparte", darf wohl ihm, aber nicht dem den Vertrag umgehenden Prinzipal zum Vorteil gereichen. Direkte Geschäfte, oft fälschlich indirekte genannt, sind solche, die das Handlungshaus am Orte oder von ihrem Sitze nach dem Orte ohne Mitwirkung des Agenten abschließt, sei es auch dadurch, daß der Agent eines anderen Bezirkes nach dem fraglichen Bezirke unter wissentlicher Mitwirkung des Hauses die Geschäfte macht (Bolze 7, Nr. 511; Mayer, S. 33).[5])

Auslagen hat der Agent im Zweifel nicht zu fordern (ROHG. 19, S. 259). Ist aber ein Ersatz seiner Auslagen z. B. für Lagerräume vereinbart, so ist ihm derselbe auch dann zu leisten, wenn seine Tätigkeit zu keinem Ergebnis geführt hat (ROHG. 14, S. 430; Bolze 3, Nr. 632).

b) **Die Entstehung und Fälligkeit des Provisionsanspruches.** § 8.

α) Die Entstehung des Provisionsanspruches. Es fragt sich, ob der Provisionsanspruch entsteht durch die Annahme der Order durch den Prinzipal oder erst durch den Eingang des Preises. Zunächst entscheidet hierüber selbstverständlich die Abrede. Aber wo eine solche nicht besteht, da läßt das Gesetz im Stiche, da es ja die Rechtsverhältnisse der Agenten überhaupt nicht regelt. Auch ein allgemeines Handelsgewohnheitsrecht hat sich in Deutschland hierüber nicht gebildet, wie eine von dem Verein Berliner Agenten bei den Handelskammern Deutschlands gemachte Umfrage ergeben hat (Perl und Wreschner, 1894, S. 107). Es kommen daher die etwa bestehenden lokalen Handelsgebräuche in Anwendung; für Berlin bestand z. B. der Handelsgebrauch, daß der Provisionsanspruch erst nach Eingang des Betrages existent wird (Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft bei Perl und Wreschner, 1890, S. 14, und 1894, S. 18 und 19; desgleichen Bolze 2, Nr. 714). Auf Grund eines Sachverständigengutachtens wurde in AblCl. 1547 (erste Instanz) ein Handelsgebrauch festgestellt, daß der Provisionsanspruch im Handel mit Pappsachen erst mit Ausfertigung der Faktura existent wird.

Wo aber auch lokale Handelsgebräuche nicht existieren, da bleibt nichts übrig, als die Frage auf Grund der rechtlichen Natur des Agenturverhältnisses zu lösen. Hiebei kommt in Betracht, daß das Agenturverhältnis ein auf Erzielung eines gemeinsamen Erfolges (RG. 31, S. 62), nämlich des aus dem Absatze von Waren zu er-

[5]) Jetzt ausgesprochen in § 89 d. HGB.

Digitized by Google

zielenden Gewinnes gerichtetes Vertragsverhältnis ist; der Prinzipal will seine Ware absetzen, der Agent will ihm hiebei helfen durch Vermittlung von Kaufordres; von dem hiebei erzielten Gewinne soll der Agent als Lohn für seine Mühe einen Anteil in Prozenten erhalten.

Daraus ergibt sich:

§ 8a. αα) Die Forderung wird existent, wenn die Ordre effektuiert und bezahlt ist. Vorher ist der gemeinsam erstrebte Gewinn nicht erzielt (so auch Berliner Handelsgebrauch, oben § 8; abweichend ROHG. 14, S. 249; Behrend, § 55, Anm. 25: wenn das Geschäft perfekt wird).

§ 8b. ββ) Die Forderung wird überhaupt nicht existent, wenn der Betrag nicht eingeht, mag auch der Prinzipal Stundung erteilt haben, wenn nur nicht durch diese Stundung der Verlust des Anspruches schuldhaft herbeigeführt ist (einen analogen Handelsgebrauch bezeugen für Berlin die Ältesten der Kaufmannschaft bei Perl und Wreschner, 1894, S. 18 und 19). Die Provisionsforderung wird auch dann nicht existent, wenn durch teilweisen Ausfall der Kaufpreisforderung kein Gewinn für den Prinzipal bleibt (abweichend Bolze 4, Nr. 644).

§ 8c. γγ) Die Forderung wird nicht existent, wenn die Kaufpreisforderung ohne Schuld des Prinzipals nicht entsteht. Liegen die Ursachen der Nichtentstehung der Forderung am Agenten oder am Käufer, ist also der Verkäufer schuldlos daran, so braucht er keine Provision zu zahlen, so z. B. wenn der Verkäufer aus plausiblen Gründen nicht effektuiert hat, wegen ungünstiger Auskunft über die Bonität oder über das sonstige geschäftliche Gebaren des Kunden (bekannter Chikaneur). Ist dagegen der Prinzipal Schuld daran, daß das Geschäft sich nicht ordnungsmäßig abwickelt, z. B. weil er nicht ordnungsmäßig, mangelhaft oder zu spät effektuierte oder aus reiner Willkür die Effektuierung unterließ, etwa um die Ware anderweit teurer loszuschlagen, so kann der Agent um den Lohn seiner Mühe nicht kommen (AdlCl. 1170; Canstein, I., S. 405). Selbstverständlich entschuldigt den Prinzipal auch eine Verschuldung des Käufers, insoweit trägt der Agent das Risiko gemeinsam mit dem Prinzipal. Wenn der Prinzipal auf Grund eines gegen den Agenten gerichteten dolus die Effektuierung unterließ, ist die Provision selbstverständlich verdient (vergl. Bolze 3, Nr. 634; ROHG. 11, S. 198, und Mayer, S. 35). Die Stornierung des Geschäftes bleibt im allgemeinen ohne Einfluß auf den Provisionsanspruch des Agenten (AdlCl. 1547, dritte Instanz).

§ 8d. δδ) Die Provision ist verdient, wenn der Kaufpreis eingeht. Auf Barbefriedigung kommt es überall nicht an. Nimmt der Prinzipal andere Befriedigungsmittel an, so ist dies seine Sache, der Agent hat seine Provision in bar zu fordern (Bolze 8, Nr. 428; Canstein, I., S. 405), außer wenn das Haus eigene Ware an Zahlungsstatt zurücknimmt, weil der Kaufpreis doch nicht zu erlangen ist; das ist wirtschaftlich keine Befriedigung.

§ 8e. εε) Anders selbstverständlich bei Umsatzprovision. Diese hat

Digitized by Google

mit dem Eingange des Kaufpreises nichts zu tun (vergl. § 9 zu Art. 57).[6])

β) **Von welchem Betrage ist der Provisionsanspruch zu berechnen?** Vom Nettobetrage. Dekorts, Skonti und Retouren kommen bei Berechnung der Provision in Abzug. Das folgt aus dem oben in § 8 dargestellten Grundgedanken über die rechtliche Natur des Agenturverhältnisses (so auch Berliner Handelsgebrauch; vergl. das Gutachten der Berliner Kaufmannschaft bei Perl und Wreschner, 1890, S. 14; anders Behrend, § 55, Anm. 25). Das gleiche gilt von der Fracht, wenn der Prinzipal die Fracht zu zahlen hat; auch diese kommt in Abzug, da sie den Kaufpreis mindert. Anders selbstverständlich bei der Umsatzprovision, hier kommen Retourwaren, Ausfälle usw. nicht in Abzug (vergl. § 9 zu Art. 57).

γ) **Die Fälligkeit des Anspruches** kann nicht bei Existentwerden des Anspruches (also nach unserer Meinung bei Eingang des Kaufpreises) eintreten. Das ist sicherlich nicht die Meinung der Kontrahenten, weil es zu allzu großen Belästigungen des Prinzipals führen würde. Allgemein üblich ist es vielmehr, daß periodisch abgerechnet und ausgezahlt wird, und es entspricht allein der Anschauung des Handelsstandes, daß nur in gewissen Perioden Abrechnung und Auszahlung der Provision gefordert werden kann. Aber es fragt sich: in welchen Perioden? Ein allgemeines Handelsgewohnheitsrecht hat sich auch nach dieser Richtung nicht gebildet (vergl. Perl und Wreschner, 1894, S. 107). Man wird aber annehmen müssen, daß, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist und aus der Natur des betreffenden Verhältnisses nichts Gegenteiliges folgt, halbjährliche Abrechnung gefordert werden kann (vergl. jetzt § 88, Abs. 4 d. HGB.). Kürzere Abrechnungsperioden würden den Prinzipal zu sehr belasten, die halbjährliche harmoniert mit den abwechselnden Saisons, ist für den Prinzipal kein zu kurzer Zeitraum, ist aber andrerseits für den Agenten, der die Provision zu seinem Lebensunterhalt braucht, das mindeste, was er billigerweise beanspruchen kann. Gezahlt verlangen kann dabei der Agent nur das, was sich aus der periodischen Abrechnung als zahlungsreif ergibt, also die Provisionen von den eingegangenen Beträgen. Das RG. (v. 7. Dez. 1895 in JW. 1896, S. 188, 189) erblickt aber in der Abrede periodischer Abrechnung die Vereinbarung, daß ohne Rücksicht auf die Eingänge periodisch gezahlt werden soll. Diese Auffassung können wir nicht teilen. § 8k.

c) **Zur Durchführung seiner Ansprüche** dienen ihm die Rechte auf Erteilung von Auszügen oder Bilanzen und Vorlegung von Büchern[7]) (vergl. §§ 8 und 9 zu Art. 57; AdlCl. 2052; Randa, I., S. 202; vergl. insbesondere die die Agenten betreffende Entscheidung des RG. v. 19. Sept. 1891 in JW., S. 474, und Bolze 13, Nr. 377), die sich eventuell § 9.

[6]) Die hier entwickelten Grundsätze haben in § 88 d. HGB. gesetzliche Anerkennung gefunden; nach dieser Gesetzesstelle ist bei Vermittlung von Verkäufen die Provision mit dem Eingange der Zahlung, bei anderen Vermittlungen mit der Ausführung des Geschäftes verdient; der Ausführung gleich steht die Unterlassung derselben infolge Verschuldens des Prinzipals.

[7]) Nach § 91 d. HGB. braucht nur ein Buchauszug vorgelegt zu werden. Über die Unzulänglichkeit dieser Bestimmung vergl. Staub[3], Anm. 4 zu § 91. Gegen das Recht des Agenten auf Vorlage eines Buchauszuges die Ausführungen der Redaktionsbemerkung in ZBl. 1907, S. 340.

Digitized by Google

auch auf die direkten Abschlüsse beziehen müssen (Bolze 7, Nr. 511). Selbstverständlich brauchen die Auszüge nur einmal erteilt zu werden, es kann also kein Gesamtauszug verlangt werden, wenn regelmäßig Einzelauszüge erteilt wurden, was sich auch dadurch nicht ändert, daß ohne Nachweis im einzelnen die allgemeine Behauptung aufgestellt wird, es seien Geschäfte verheimlicht (Bolze 16, Nr. 352). Mit der hier erwähnten, dem materiellen Rechte angehörenden Verpflichtung zur Büchervorlage ist die prozessuale Editionspflicht im Sinne des Art. 37 nicht zu verwechseln. Dieselbe setzt aber einen bereits anhängigen Rechtsstreit voraus. Ein Anspruch auf eidliche Bekräftigung des Verzeichnisses der vorgelegten Geschäfte steht dem Agenten ebensowenig wie dem Mäkler (vergl. § 18 im 1. Zusatze) zu; Art. XLII bezieht sich bloß auf die im bürgerlichen Rechte begründete Verpflichtung zur Angabe eines vorhandenen Vermögens, nicht auf die Verpflichtungen zur Angabe vermögensrechtlicher Geschäfte (a. M. OGH., 3. Jän. 1907, ZBl. 1907, Nr. 105; vergl. gegen diese Entscheidung die eingehende Redaktionsbemerkung). Auch das Retentionsrecht steht ihm zu, da er Kaufmann ist, insbesondere an dem ihm anvertrauten Kommissionslager (Bolze 11, Nr. 319), jedoch erst nach beendetem Verhältnis (§ 14 zu Art. 313). Er kann aber weder ein Retentions- noch ein Kompensationsrecht an den vereinnahmten Geldern auf die allgemeine Behauptung stützen, die Rechnung sei unvollständig (ROHG. 18, S. 2), ebenso nicht auf die bloße Möglichkeit hin, daß noch Provisionsbeträge ausstehen (Bolze 7, Nr. 512), wohl aber dann, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß er Provisionsansprüche hat, wenn er auch infolge verweigerten Nachweises die Höhe nicht angeben kann (Bolze 11, Nr. 319).

§ 9a. d) Das **Konkursprivileg** des § 43, Z. 2 KO., kommt dem Provisionsanspruch des Agenten nicht zu, denn er hat zwar mit dem Prinzipal einen Dienstvertrag geschlossen, gehört aber nicht zu den in dessen Handelsgewerbe „dauernd aufgenommenen Personen". (Die Frage ist für das deutsche Recht bestritten; für die Versagung des Konkursprivilegs nach § 61, Z. 1 d. KO.[8]) Staub[8], Anm. 21 zu § 88; Immerwahr, S. 151; grundsätzlich Jäger, Komm. zur KO., Anm. 11 zu § 61; dort auch Mitteilungen aus Literatur und Spruchpraxis.)

§ 9b. e) Die **Exekutionsbefreiung** nach dem Ges. v. 29. Apr. 1873, RGBl. Nr. 68, findet auf die Provisionsbezüge des Agenten — das Vorhandensein der dauernden Anstellung vorausgesetzt — dann Anwendung, wenn die Agenturtätigkeit den größten Teil der der Erwerbstätigkeit des Agenten gewidmeten Zeit ausmacht (vergl. Pick, Die Lohnbeschlagnahme, WZ. 28, S. 45). Der Agent steht allerdings zu dem Prinzipale nicht in dienstlicher Stellung (vergl. oben § 6); jedoch kann die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht als ein Begriffsmerkmal des Dienstverhältnisses im Sinne des § 1 des bezogenen Gesetzes angesehen werden; gegen Pick (a. a. O. S. 33) kann dem Ausdrucke Dienstverhältnis eine vom Ausdrucke Dienstvertrag verschiedene Bedeutung nicht beigemessen werden (so auch die Praxis der Gerichte). Bei Ermittlung des der Exekution entzogenen Betrages müssen die Bezüge aus mehreren Agenturen zu-

[8]) Diese Bestimmung entspricht dem § 43, Z. 2 KO., weicht aber gerade in dem maßgebenden Punkte von dessen Wortlaut ab („welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdungen haben").

Digitized by Google

sammengerechnet werden (Staub [8], Anm. 22 zu § 88; vergl. R. Pollak, Zivilpr., S. 44; GlUNF. 433, 620; a. M. Pick a. a. O., S. 47); jedoch obliegt es dem betreibenden Gläubiger, die mutmaßliche Höhe der einzelnen Bezüge dem Gerichte anzugeben, damit dieses den auf jeden Drittschuldner entfallenden exekutionsfreien Teilbetrag festsetzen kann.

5. **Die Dauer des Agenturvertrages** kann fest verabredet sein oder nicht. Im ersteren Falle entscheidet die Abrede, doch kann aus wichtigen, den Rücktritt berechtigenden Gründen, wie bei jedem Dienstvertrag, auch vorzeitig zurückgetreten werden (§ 1160 ABGB.; vergl. Erl. zu Art. 62). Über die Wichtigkeit entscheiden aber nicht Art. 62 ff., sondern das bürgerliche Recht und die Anschauungen des Handelsstandes (ROHG. 7, S. 287), doch so, daß die für den Handlungsgehilfen geltenden Vorschriften zur Vergleichung herangezogen werden können. So kann zurückgetreten werden unter Umständen wegen Beleidigung (Bolze 5, Nr. 578; RG. 32, S. 252), wegen Übernahme der Agentur für eine Konkurrenzfirma (vergl. oben § 6), wegen Untreue oder Unzuverlässigkeit des Agenten (Bolze 17, Nr. 386) oder umgekehrt wegen Erteilung falscher Provisionsauszüge seitens des Prinzipals. Über die Erklärung des Rücktrittes und seine Folgen kommt das zu Art. 62 Gesagte zu entsprechender Anwendung, z. B. über die Frage nach der Geltendmachung späterer Gründe (§ 2 daselbst, vom RG. gerade für den Agenten erörtert in RG. 32, S. 249). Willkürliche vorzeitige Aufhebung verpflichtet zur Entschädigung (ROHG. 2, S. 330; Bolze 1, Nr. 986), ein Recht auf Fortbestand des Verhältnisses besteht nicht (Bolze 20, Nr. 418). Das RG. 31, S. 59, sieht es nicht als Willkür, sondern als berechtigten Rücktrittsgrund an, wenn die vorzeitige Auflösung erfolgt wegen der Unmöglichkeit lohnenden Weiterbetriebes des Geschäftes. Im Falle eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Agenturvertrages hat die frühere deutsche Judikatur (ROHG. 19, S. 259, OLG. Hamburg, GZ. 38, S. 235; GZ. 36, S. 269)[9] ein Recht zum jederzeitigen Rücktritt angenommen. Man muß jedoch auch hier, wie bei jedem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrage die Einhaltung einer Kündigungsfrist für notwendig erachten. Die Bestimmungen über die Auflösung des nächst verwandten Dienstverhältnisses müssen analog angewendet werden (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 374, AmtlS. 765 und oben § 5 zu Art. 57), in unserem Falle also Art. 61 HGB. Vollmacht und Auftrag zum Abschlusse sind allerdings unbeschadet der Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse stets widerruflich (vergl. Schey, S. 496). **§ 10.**

Der Konkurs des Agenten und des Prinzipals hebt Vollmacht und Auftrag zum Geschäftsabschlusse auf (§ 1024 ABGB.), beendet aber nicht ipso jure das ganze Verhältnis, dessen wesentlicher Inhalt eben nicht in der Geschäftsbesorgung, sondern in der tatsächlichen Vermittlertätigkeit besteht (Immerwahr, S. 199; a. M. Canstein, I., S. 405; F. Mayer, S. 36; vergl. § 21 zu Art. 62). Daneben bildet der Konkurs des Prinzipals für den Agenten und der Konkurs des Agenten für den Prinzipal einen wichtigen Grund zum vorzeitigen Rücktritt. Über die Ansprüche des Agenten im Konkurse des Prinzipals vergl. oben § 9a und § 21 zu Art. 62).

Der Tod des Prinzipals bringt weder das Agenturverhältnis, noch die etwa vorhandene Abschlußvollmacht zur Erlöschung (Art. 54, 297 HGB.).

---

[9] Anders schon OLG. Hamburg, GZ. 36, S. 269 (Nr. 241) für den Fall, daß „von vornherein eine längere Dauer des Agentenverhältnisses als selbstverständlich vorausgesetzt wird".

Digitized by Google

Mit dem Aufhören des Agenturverhältnisses hört die Pflicht zur Provisionszahlung nicht absolut auf. Vielmehr darf der Agent für alle diejenigen bestimmten Geschäfte Provision fordern, welche während seines Verhältnisses entriert, auch wenn sie erst später realisiert wurden. Dies gilt auch von der Provision für direkte Geschäfte, wenn ihm solche zusteht (Bolze 6, Nr. 495). Ist die Abrede getroffen worden, daß dem Agenten ein Provisionsanspruch bezüglich aller Geschäfte, auch der direkt mit dem vom Agenten zugeführten Kunden geschlossenen zusteht, so tritt bei vorzeitiger Auflösung des Agenturverhältnisses weder eine fortdauernde Verpflichtung zur Provisionszahlung ein, noch erlischt der in Rede stehende Provisionsanspruch sofort mit dem Aufhören des Agenturverhältnisses. Es ist vielmehr dem Agenten ein Anspruch zuzuerkennen, welcher dem dem Prinzipal durch Zuführung der Kundschaft verschafften Vorteil entspricht (so F. Mayer, S. 37).[10])

§ 11. 6. **Erfüllungsort.** Die Provision ist dort zu zahlen, wo der Prinzipal wohnt, da Art. 324 Anwendung findet (RG. v. 7. März 1896, in JW., S. 202).

Zweites Buch.

Von den Handelsgesellschaften.

Erster Titel.

Von der offenen Handelsgesellschaft.[1])

Erster Abschnitt.

Von der Errichtung der Gesellschaft.

Artikel 85.

Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder anderer Förmlichkeiten nicht.

§ 1. **Vorbemerkung.** Das HGB. unterscheidet Handelsgesellschaften und Gesellschaften, die dem Handelsrechte angehören, ohne Handelsgesellschaften zu sein. Von den ersteren ist in diesem zweiten Buche, von den letzteren im folgenden Buche die Rede. Zu den ersteren gehören die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaften (einfache und auf Aktien), die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft m. b. H. (§ 61, Abs. 3, GmbHG.).

[10]) Die Auflösung des Agenturverhältnisses ist in § 92 d. HGB. gesetzlich geregelt.

[1]) Literatur: Vergl. Karl Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes, Berlin, 1894.

Digitized by Google

Der vorliegende Artikel gibt die Begriffsmerkmale der offenen Handelsgesellschaft an (Abs. 1) **und trifft Bestimmungen über die Form des Gesellschaftsvertrages** (Abs. 2). § 2.

1. (Abs. 1.) **Die Begriffsmerkmale der offenen Handelsgesellschaft** sind: der Betrieb eines Handelsgewerbes durch mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma ohne Beschränkung der Beteiligung auf Vermögenseinlagen. Durch diese Begriffsbestimmung scheint uns das HGB. die große prinzipielle Streitfrage entschieden zu haben, ob die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person ist oder nicht. Das Gesetz sagt: die Gesellschafter betreiben das Handelsgewerbe. Es betreibt aber, wie allgemein anerkannt wird, das Gewerbe derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, der Rechte und Pflichten aus dem Geschäfte überkommt (vergl. § 1 zu Art. 4). Also sind es die Gesellschafter, welche die Rechte und die Pflichten aus den von der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften überkommen, und nicht ein neben ihnen bestehendes oder gedachtes Rechtssubjekt. Diese Ansicht kann heute als die herrschende bezeichnet werden; die Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person bildet, wird heute in der Literatur nur mehr ganz vereinzelt vertreten (vergl. Kohler, Arch., Ziv. Prax. 91, S. 204). Aus § 26 ABGB. kann kein Argument für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft gewonnen werden (vergl. Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehres, S. 216). Der VGH., dessen gebührenrechtliche Judikatur — wenn dies auch in den Begründungen nicht ausdrücklich ausgesprochen war — der Sache nach auf dem Standpunkt der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft stand, hat in zwei Erkenntnissen aus dem Jahre 1904 (BudwF. 2587, 2824) wenigstens den Grundsatz ausgesprochen, daß das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschaft sei. Die GewO. unterstellt allerdings die offene Handelsgesellschaft den für juristische Personen geltenden Regeln (vergl. Exkurs zu diesem Artikel); hieraus können jedoch keine Schlüsse für das Gebiet außerhalb des Geltungsbereiches der GewO. gezogen werden.

§ 26 der früheren JN. aus dem Jahre 1852 rechnete allerdings die Erwerbsgesellschaften zu den juristischen Personen; in dem entsprechenden § 75 JN. wurde aber der Ausdruck „juristische Personen" durch den Ausdruck „nicht zu den physischen Personen gehörende Rechtssubjekte", unter welchen auch die in diesem Paragraphen genannten Handelsgesellschaften mitinbegriffen werden, ersetzt. Das Gesetz wollte also offenbar vermeiden, durch seine Textierung eine Ansicht über die rechtliche Natur der in § 75 JN. aufgezählten Rechtssubjekte auszusprechen. Mit der Ansicht, die die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft verneint, steht dagegen der Wortlaut des § 373 ZPO. im Einklange, wonach im Gesellschaftsprozesse in Bezug auf die Vernehmung der Parteien alle Gesellschafter, nicht bloß die vertretungsberechtigten, als Partei zu behandeln sind. Die mehrfach vorgebrachte Behauptung, daß das Gesetz durch diese Textierung zur gegenständlichen Streitfrage bewußt Stellung genommen hat, wird sich aber kaum begründen lassen. Wahrscheinlicher erscheint die Annahme, daß das Gesetz bloß an den Regelfall gedacht hat, daß der persönlich haftende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auch vertretungsberechtigt ist (vergl. im 2. Satze

Digitized by Google

des 3. Abs. dieses Paragraphen die Worte „andere Gesellschaft", „gesetzliche Vertreter").

§ 3. Zu den angeführten Begriffsmerkmalen ist im einzelnen zu bemerken:

a) **Der Betrieb** eines Handelsgewerbes durch die Gesellschafter ist das erste Erfordernis. Wendet man den Begriff des Betreibens, wie er in § 1 zu Art. 4 auseinandergesetzt ist, hier an, so ergibt sich daraus: es müssen die Geschäfte im Namen der Gesellschafter geschlossen werden, alle Gesellschafter müssen aus denselben berechtigt und verpflichtet werden. Es genügt nicht, daß sie auf gemeinschaftliche Rechnung betrieben werden und etwa nur im Namen eines Sozius (Bolze 3, Nr. 789). Ist umgekehrt erforderlich, daß der Betrieb auf gemeinschaftliche Rechnung geht? Darüber siehe unten § 7.

Da eine offene Handelsgesellschaft dann vorliegt, wenn mehrere Personen ein Handelsgewerbe betreiben, dieselben Personen aber auch mehrere Handelsgewerbe betreiben können, so können dieselben Personen auch mehrere offene Handelsgesellschaften bilden, wenn sie nämlich mehrere Handelsgewerbe betreiben (RG. 16, S. 16; 32, S. 34; Bolze 19, Nr. 626; ROHG. 24, S. 159; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 456; AdlCl. 2102; OGH., 18. Juli 1907, ZBl. 1907, Nr. 248; Frankl, S. 20; Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 12; Randa, II., S. 74; dagegen K. Adler, S. 111). Der in RGE. 16, S. 16, und bei AdlCl. 2102 enthaltene Hinweis auf die Sozietät als besonderes Rechtssubjekt ist allerdings unzutreffend und steht mit der sonstigen Anschauung des RG. nicht im Einklange (vergl. oben § 2). Ob im einzelnen Falle eine Sozietät mit mehreren Geschäften oder mehrere Sozietäten vorliegen, wird sich danach beantworten, ob der Betrieb mehrerer getrennter Gewerbe vorliegt. Hiefür ist maßgebend die Art und Weise, wie die Gesellschaften nach außen hin ins Leben getreten sind und ihre Geschäfte betreiben (in dieser Beziehung richtig RG. 16, S. 16). Durch die Wahl verschiedener Firmen wird unverkennbar die Getrenntheit dokumentiert (RG. 43, S. 82; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 456). Doch ist Firmenverschiedenheit nicht geboten, um zwei Handelsgesellschaften anzunehmen. Die Auseinanderhaltung der verschiedenen Gesellschaften ist wichtig zur Beseitigung der Konkurrenz der Gläubiger der beiden Gesellschaften (vergl. ROHG. 24, S. 156).

Über mehrere Gesellschaften zwischen denselben Personen sind mehrere Gesellschaftskonkurse zu eröffnen (Jäger 13). Wegen einer Gesellschaftsschuld, die im Geschäftsbetriebe der einen Gesellschaft entstanden ist, kann in das Vermögen der anderen keine Exekution geführt werden; gegen die Forderung der einen Gesellschaft kann der Gesellschaftsschuldner keine Forderung in Aufrechnung bringen, die ihm gegen die andere Gesellschaft zusteht (AdlCl. 2102; OGH., 18. Juli 1907, ZBl. 1907, Nr. 248).[2]) Für das Gebiet des Wechselrechtes stellen die

[2]) K. Adler (S. 111 ff.) ist der Ansicht, daß die Art. 119 ff. der Vollstreckung ins Gesellschaftsvermögen und der Aufrechnung gegen eine Gesellschaftsforderung nicht entgegen stehen, wenn für die vollstreckbare oder in Aufrechnung zu bringende Forderung alle Gesellschafter, sei es auch was immer für einem Rechtsgrunde, solidarisch haften, daß also Forderungen gegen eine der mehreren zwischen denselben Personen bestehenden Gesellschaften, für die ja die Gesellschafter solidarisch haften, auch in das Vermögen der anderen Gesellschaft vollstreckbar und gegen deren Forderungen aufrechenbar seien. Selbst die Richtigkeit dieser Auffassung, deren Widerlegung für das geltende Recht in den Ausführungen zu Art. 119 versucht wird, kann nicht dazu führen, die Annahme des Bestehens mehrerer Gesellschaften

Digitized by Google

unter denselben Personen unter verschiedenen Firmen bestehenden Handelsgesellschaften zwei verschiedene Personen dar (RG. bei Seuff. Arch. 56, Nr. 133).

b) **Ein Handelsgewerbe** muß betrieben werden. Keine Handelsgesellschaften sind daher solche Vereinigungen, welche sich mit dem An- und Verkaufe von Grundstücken beschäftigen (Dernburg, Preußisches Privatrecht 2, § 215, Anm. 3; Bolze 6, Nr. 631); Vereinigungen von Bauunternehmern (Bolze 9, Nr. 711 a); Vereinigungen zum Zwecke der Ziegelfabrikation, weil es sich dabei um Verarbeitung selbstgewonnener Produkte handelt (ROHG. 15, S. 236; Bolze 8, Nr. 314), zur Ausnützung eines Steinbruches (ROHG. 11, S. 263), auch wenn derselbe zu diesem Zwecke gepachtet ist, worin keine Anschaffung im Sinne des Art. 271, Z. 1, liegt (RG. 6, S. 4); Vereinigungen zum Betriebe einer ärztlichen Anstalt (Ob. Tr. in GZ. 22, S. 275, Nr. 14) oder einer auf dem Grundsatze der Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft (AdlCl. 678; AdlCl. 962 [Judikat Nr. 110]); überhaupt nur soweit Personen Kaufleute sein können, soweit kann sich eine offene Handelsgesellschaft unter ihnen bilden (vergl. daher das Verzeichnis in § 26, Art. 272). Auch muß es sich um Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes, nicht bloß zum Betriebe einzelner Handelsgeschäfte handeln (AdlCl. 944; vergl. AdlCl. 1901). — Betreibt eine Gesellschaft teils Handelsgeschäfte, teils Nichthandelsgeschäfte, beides aber gewerbemäßig, so ist sie eine Handelsgesellschaft, weil sie nach Art. 4 und 5 durch den Betrieb der Handelsgeschäfte Kaufmann wird; es entscheidet nicht die überwiegende Wichtigkeit des einen oder anderen Geschäftsbetriebes (RG. 32, S. 32; Bolze 18, Nr. 253). Bei getrenntem Gewerbebetriebe bestehen zwei Gesellschaften, eine offene Handelsgesellschaft und eine Gesellschaft nach bürgerlichem Rechte (vergl. oben § 3, und Art. 4, § 4). Es genügt, wenn die von der Gesellschaft betriebenen Geschäfte sich objektiv als Handelsgeschäfte darstellen, auch wenn dieser Charakter dem Publikum verheimlicht werden soll (RG. bei Seuff, Arch. 50, Nr. 186: die Erzeugung von künstlichem, dem Publikum gegenüber für natürlich ausgegebenem Mineralwasser, bildete den Gegenstand des gesellschaftlichen Unternehmens). § 4.

c) **Zwei oder mehrere Personen** müssen es sein, die das Handelsgewerbe betreiben. Besondere Voraussetzungen für die Qualität dieser Personen sind vom Gesetze nicht gefordert. Von selbst aber ergibt sich das Erfordernis, daß nur solche Rechtssubjekte fähig sind, Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft zu sein, welche die Fähigkeit haben, unter fremdem Handelsnamen ein Handelsgewerbe zu betreiben. Die Ehefrau kann hienach Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein, aber nur mit Zustimmung ihres Ehemannes oder Supplierung des ehemännlichen Konsenses durch den Richter, weil sie nur unter diesen Voraussetzungen ein Handelsgewerbe betreiben kann (Art. 17). Durch Zurückziehung des Konsenses entzieht der Ehemann seiner Frau die Qualität als Handelsfrau und bringt dadurch die Gesellschaft zur Auflösung (Behrend, § 64, Anm. 7). Nach § 246, lit. a KO., ist der § 5.

zwischen denselben Personen für begrifflich unmöglich oder praktisch bedeutungslos anzusehen; der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine der beiden Gesellschaften würde ja sofort bewirken, daß die Passiven der beiden Gesellschaften einem verschiedenen rechtlichen Schicksale unterworfen werden.

Digitized by Google

kaufmännische Gemeinschuldner nicht berechtigt, vor erlangter Wiederbefähigung Handelsgeschäfte unter einer anderen als lediglich aus seinem alten Vor- und Zunamen bestehenden Firma zu betreiben, daher kann er auch nicht unter einer Geschäftsfirma (vergl. Art. 17, Abs. 1) Handelsgeschäfte betreiben, demnach auch nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein (GlU. 10.411; R. Pollak, S. 130; dagegen Frankl, S. 76). Nur für den Fall findet eine Ausnahme statt, wenn der Gemeinschuldner als Einzelkaufmann ein Handelsgewerbe unter einer der Bestimmung des § 246, lit. a KO., entsprechenden Firma betreibt und in sein Geschäft einen Gesellschafter aufnimmt und die Firma gemäß Art. 24 unverändert bleibt.

Juristische Personen sind grundsätzlich von der Mitgliedschaft an einer offenen Handelsgesellschaft nicht ausgeschlossen, wenn auch aus dem Wortlaute einzelner Bestimmungen des HGB. (Art. 86, Z. 2; Art. 123, Z. 2) zu entnehmen ist, daß der Gesetzgeber nur an die Mitgliedschaft physischer Personen denkt (Eltzbacher, GZ. 45, S. 49; Scheunig, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften [1905], S. 32; Canstein, I., S. 455; RG. 36, S. 139; Randa, II., S. 71; OGH. bei AmtlS. 920, 17. Juli 1906, ZBl. 1906, Nr. 441 unter Aufgabe seiner früher bei AdlCl. 2219, 2284 vertretenen entgegengesetzten Ansicht. Auch die verschiedenen handelsrechtlichen Korporationen, wie Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften m. b. H. können Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft werden. Die Frage ist bestritten; für die Möglichkeit der Teilnahme: Eltzbacher a. a. O.; Scheunig a. a. O.; Makower [13], S. 274; OGH., 17. Juli 1906, ZBl. 1906, Nr. 441 bezüglich Gesellschaften m. b. H.; dagegen Moll bei Holdheim 13, S. 150; Staub [8], Anm. 22 zu § 105 und die Judikatur des Kammergerichtes Berlin, und Lehmann, HR., S. 284, für den Fall, daß der Aktiengesellschaft nicht die Vertretungsbefugnis zusteht). Das von Staub [8] und wiederholt in der Judikatur vorgebrachte Argument, daß Aktiengesellschaften und ähnliche Korporationen nicht unter einer fremden Firma im Handelsverkehr auftreten können, ist nicht überzeugend. Die Firma dieser Korporationen kommt dem Namen irgend einer juristischen und dem Eigennamen einer physischen Person gleich; auch letztere dürfen grundsätzlich nicht unter fremdem Namen im Handelsverkehr auftreten, dürfen sich aber zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen. Über andere gegen die Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft vorgebrachten Argumente und deren Widerlegung siehe Scheunig a. a. O. Ob der statutenmäßige Wirkungskreis der Korporation sich auf den Betrieb des von der aufzunehmenden offenen Handelsgesellschaft betriebenen Gewerbes erstreckt, ist gleichgültig; denn das Statut bildet nicht die privatrechtliche Grenze der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. Wohl aber berechtigt die Beteiligung einer solchen Korporation an dem Gewerbebetriebe einer offenen Handelsgesellschaft, der nicht zum statutenmäßigen Wirkungskreis der Korporation gehört, unter Umständen die staatliche Aufsichtsbehörde, im Sinne des § 22 VerG., und jedenfalls die Gewerbebehörden (§ 3, Abs. 2 GewO.) zum Einschreiten. Ausländische Gesellschaften m. b. H. können einer inländischen offenen Handelsgesellschaft nur gegen Erfüllung der in §§ 107 ff. GmbHG. normierten Bedingungen beitreten (OGH.,

Digitized by Google

17. Juli 1906, ZBl. 1906, N. 441; vergl. hiezu Faltis, Ausländische Gesellschaften als Mitglieder inländischer Sozietäten, GZ. 1907, Nr. 14). Ebenso bestritten ist die Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft sein kann (Literatur bei Eltzbacher und Scheunig; dazu Lehmann, HR., S. 284; Randa, II., S. 71). Der OGH. hat, nachdem er seine Ansicht, daß nur physische Personen Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein können, aufgegeben hat, in der ins Spruchrepertorium (Nr. 194) eingetragenen Entscheidung, AmtlS. 920, die Fähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft zu sein, bejaht, und diese Ansicht, die bereits früher in der E. v. 21. Apr. 1897, GH. 1897, N. 29 (anders AdlCl. 2219, AdlCl. 2193) Ausdruck gefunden hat, dürfte für die nächste Zeit auch die Praxis beherrschen. Diese Ansicht ist nicht zu billigen.[3]) Da die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person bildet, so ist, wie Eltzbacher, S. 44, zutreffend bemerkt, die aufgeworfene Frage folgendermaßen zu formulieren: „Sind Personen, die einzeln an einer offenen Handelsgesellschaft teilnehmen können, hiezu auch in ihrer Zusammenfassung als offene Handelsgesellschaft im stande"? Diese Frage ist aber zu verneinen. Man muß davon ausgehen, daß nicht die offene Handelsgesellschaft, sondern die zu ihr vereinigten Gesellschafter das Gewerbe ausüben (mag auch die GewO. für ihren Bereich einen anderen Standpunkt einnehmen). Art. 85 bestimmt nun, daß durch den Betrieb eines Handelsgewerbes durch mehrere Personen eine offene Handelsgesellschaft entsteht, als deren Gesellschafter das Gesetz eben alle die Personen ansieht, die das Gewerbe betreiben. Der Beitritt einer offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma zu einer anderen offenen Handelsgesellschaft, bewirkt trotz Eintragung, nach unserer Ansicht nur, daß die Gesellschafter der aufgenommenen Handelsgesellschaft Gesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft werden. Ein der Befriedigung durch die Rechtsordnung würdiges wirtschaftliches Bedürfnis zur Schaffung einer dem HGB. unbekannten Assoziationsform kann auch nicht zugegeben werden. Die Wünsche nach Schaffung der hier für unzulässig angesehenen Assoziationsform (vergl. Scheunig, S. 28), beruhen größtenteils auf der wirtschaftlich und juristisch unrichtigen Auffassung, daß die Kreditgrundlage, die das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft bietet, nicht ausschließlich auf dem persönlichen Kredit der Gesellschafter beruht.

---

[3]) Der OGH. beruft sich darauf, daß § 1, Abs. 2 des Ges. über die Revision der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 10. Juni 1903, RGBl. 183, „. . . . gleichviel ob die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft durch den Genossenschaftsvertrag (Statut) auf physische Personen beschränkt ist oder sich auf Körperschaften, Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereinigungen erstreckt", auch die Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft Mitglied einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft sein kann im Wege authentischer Interpretation entschieden habe, und daß aus der Fähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft Genossenschafter zu sein auch die Fähigkeit der Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft folge. Die Argumentation ist unzutreffend. Das angeführte Gesetz sagt nur, daß vom Standpunkte des Genossenschaftsrechtes gegen die Mitgliedschaft irgend welcher nicht zu den physischen Personen gehörender Vereinigungen kein Einwand erhoben werden könne, spricht aber keiner Vereinigung direkt die Fähigkeit zu, Mitglied einer Genossenschaft zu sein. Weiters würde daraus, daß die offene Handelsgesellschaft fähig ist, Mitgliedschaftsrechte an einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, also einer juristischen Person, zu erwerben, noch nicht deren Fähigkeit als solche zusammen mit anderen Personen ein Handelsgewerbe zu betreiben, herzuleiten sein.

Digitized by Google

d) **Unter einer gemeinschaftlichen Firma** muß das Gewerbe betrieben werden. Sie bezeichnet die Gesellschafter in ihrer Vereinigung und ist ein wesentliches Erfordernis (RG. 13, S. 230; 33, S. 128; Bolze 3, Nr. 789; 10, Nr. 528), ohne welches die Gesellschaft nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen ist (ROHG. 5, S. 388; 8, S. 248; Bolze 1, Nr. 1153; RG. in Strafsachen 24, S. 261). Ob die Firma den Vorschriften des HGB. entspricht, ist dabei nicht erheblich (Behrend, § 64, Anm. 3; vergl. Bolze 2, Nr. 1095; RG. in Strafsachen 24, S. 262).

§ 6. e) **Nichtbeschränkung der Haftbarkeit auf Vermögenseinlagen**, und zwar wie hinzuzufügen ist, nach außen. Eine offene Handelsgesellschaft liegt daher vor, wenn mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe betreiben, ohne daß nach außen erkennbar gemacht ist, daß sie den Gläubigern nur auf Vermögenseinlagen haften wollen. Ob die unbeschränkte Haftung von den Sozien gewollt ist, ist gleichgültig; entscheidend ist eben nur, daß sie ein Beschränkthaftenwollen nicht nach außen erkennbar gemacht haben. Man nennt das das negative Requisit der offenen Handelsgesellschaft (Makower). Daß solche Beschränkungen nach außen hin erkennbar gemacht waren, ist von dem zu beweisen, der sich darauf beruft (Str. Arch. 64, S. 136). Beschränkungen nach innen berühren den Charakter der offenen Handelsgesellschaft nicht, ebensowenig Beschränkungen anderer Art, etwa auf Quoten der Gesellschaftsschulden. Die Beschränkung der Haftung nach innen auf Vermögenseinlagen ist im Gegenteil die normale Gestaltung des inneren Verhältnisses. Die sogenannten brauberechtigten Bürgerschaften sieht der OGH. (AmtlS. 249; AdlCl. 2004) als juristische Personen an, also als Einzelkaufleute. Randa (II., S. 31 ff.) bestreitet die juristische Persönlichkeit dieser Vereinigungen und erblickt in richtiger Konsequenz seiner Ansicht in ihnen offene Handelsgesellschaften. (Ausführliche Mitteilungen aus der zumeist nichtdeutschen Literatur über diese Frage bei Randa a. a. O.)

§ 6a. f) **Die Entrichtung der im § 7 EinfG. zum HGB. normierten Steuer** von gemeinschaftlich betriebenen Gewerben bildet eine Voraussetzung für das Bestehen der offenen Handelsgesellschaft (AdlCl. 2066; vergl. § 10 zu Art. 10). Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, von dessen Betrieb eine geringere Steuer zu entrichten ist, fallen unter den Begriff der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes.

g) **Nicht erfordert ist für die Existenz der offenen Handelsgesellschaft die Eintragung** (AdlCl. 783, 1740; nicht entgegen AdlCl. 1400; vergl. auch bei Art. 111). Daher ist der Gebrauch einer Gesellschaftsfirma vor der Registrierung nach dem HGB. kein unbefugter, sondern es kann nur die Registrierung der Firma erzwungen werden (vergl. jedoch § 49, Z. 1 GewO., verba: „bereits erfolgte Eintragung"). Noch weniger wird durch die Eintragung der Mangel eines anderen Requisits ersetzt. Eine Gesellschaft, die nicht Handelsgesellschaft ist, kann es daher durch Eintragung nicht werden. Die Vereinigung zweier Baumeister, welche unter einer gemeinschaftlichen Firma Bauten zu Spekulationszwecken ausführen, ist, obwohl in das Handelsregister eingetragen, keine offene Handelsgesellschaft, und das RG. hat hieraus die schwerwiegende Folgerung gezogen, daß eine von solcher Firma bestellte Hypothek ungültig (Bolze 6, Nr. 631), ein gegen sie erlassenes Urteil bedeutungslos ist (Bolze 9, Nr. 711 a).

Digitized by Google

h) **Betrieb des Gewerbes auf gemeinschaftliche Rechnung** ist notwendig. § 7.
Dieser Satz wird von der herrschenden Lehre, die in § 105 d. HGB. ihre gesetzliche Anerkennung gefunden, in der Form aufgestellt, daß das Vorhandensein eines Sozietätsvertrages ein begriffliches Erfordernis der offenen Handelsgesellschaft sei (vergl. statt aller Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 436). Die Ansicht, daß eine offene Handelsgesellschaft schon dann vorliegt, wenn infolge Betriebes eines Handelsgewerbes unter einer mehreren Personen gemeinsamen Firma, eine Haftung der durch die Firma bezeichneten Personen eintritt, wird vertreten von: Laband, GZ. 30, S. 34; Schwalb, GZ. 34, S. 355; K. Adler, S. 81. Richtig ist, daß schon die bloße Tatsache, daß sich mehrere Personen durch Zulassung der Aufnahme ihres Namens in die Firma oder auf andere Weise dem Verkehr gegenüber als Inhaber des unter der gemeinsamen Firma betriebenen Handelsgewerbes bekennen, den äußeren Tatbestand des Vorliegens einer offenen Handelsgesellschaft erzeugen[4]), diese Personen müssen sich daher so behandeln lassen, als wenn zwischen ihnen die offene Handelsgesellschaft wirklich bestünde (vergl. § 7 zu Art. 110). Dagegen können sie sich dritten Personen gegenüber nicht auf das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft berufen. Durch Eintragung eines am Geschäftsbetriebe und dessen Ertrage unbeteiligten Strohmannes in das Handelsregister als Gesellschafter kann der Einzelkaufmann nicht das Recht zum Gebrauche einer Gesellschaftsfirma erwerben (RG. 37, S. 62; vergl. Einleitung zu Art. 17), nicht bewirken, daß nach Ausscheiden des Gesellschafters die Geschäftsschulden nach Art. 146 verjähren (RG. 55, S. 154) und sein Geschäftsvermögen nicht nach Art. 119, dem Zugriffe seiner Gläubiger unzugänglich machen.

2. (Abs. 2.) **über die Form des Gesellschaftsvertrages** ist bestimmt, daß der- § 7a.
selbe von jeder Form befreit ist. Die Formvorschriften der Landesrechte greifen daher nicht Platz, was für das österreichische Recht ohne praktische Bedeutung ist. Über den Eigentumsübergang bei unbeweglichen Sachen vergl. § 3 zu Art. 91.

Auch durch konkludente Handlungen kann ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden, mit Wirksamkeit nach außen natürlich nur durch nach außen wirkende Akte (ROHG. 9, S. 283; Bolze 3, Nr. 795). So wird z. B. in dem tatsächlichen Gewerbebetriebe unter gemeinsamer Firma regelmäßig mangels entgegenstehender Vereinbarungen der Wille zu finden sein, daß auch nach innen ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen soll, desgleichen in der Ankündigung vermittels Zirkulars, z. B. wenn der bisherige Einzelkaufmann anzeigt, er habe seinen Prokuristen als Teilhaber aufgenommen (ROHG. 15, S. 17, 20); in der Anmeldung zum Handelsregister liegt an sich, wie Laband in GZ. 30, S. 523, mit Recht betont, noch nicht die Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrages nach innen, doch wird, wie gesagt, mangels entgegenstehender Vereinbarung auch darin der Willensausdruck eines Sozietätsverhältnisses nach innen zu finden sein, weil das eben das Regelmäßige ist (vergl. Wiener in GZ. 24, S. 460). Die Judikatur des BGH. operiert ständig mit der Konstruktion des durch konkludente Handlungen abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages.

---

[4]) Dieser liegt auch in den Fällen der Art. 168, 257 vor, wo doch gewiß niemand das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft behaupten wird.

Digitized by Google

§ 8. **Zusatz. Übergang des Geschäftes eines Einzelkaufmannes auf mehrere Erben.** (Literatur: Binder, Die Rechtsstellung des Erben, III., S. 226, S. 88; Heymann in Iherings Jahrb., 42, S. 482; Pisko, Unternehmen, S. 105, 199; Voigtel, Aus dem kaufmännischen Erbrecht, Busch 10, S. 67). Setzen die Erben eines Einzelkaufmannes dessen Geschäft über die Dauer der Einantwortung und über das Stadium der Abwicklung und Auseinandersetzung hinaus unter gemeinschaftlicher Firma auf gemeinschaftliche Rechnung fort, so bilden sie eine offene Handelsgesellschaft. Vor der Einantwortung handeln die Erben nur als Vertreter des Nachlasses; sie führen nicht ihr Handelsgewerbe, sondern das der ruhenden Verlassenschaft (bei Akzeptierung der Konstruktion des § 547 ABGB., das der als fortbestehend fingierten Person des Erblassers gehörende Handelsgewerbe) fort (vergl. B. Mayer a. a. O., S. 472; a. M. Binder, III., S. 88). Keine offene Handelsgesellschaft wird mangels des Erfordernisses des Gewerbebetriebes begründet, wenn die Fortführung des Geschäftes nur zu Liquidationszwecken erfolgt (Randa, II., S. 49), nicht um das Geschäft in seiner produktiven Seite zu erhalten; ist aber diese Absicht vorhanden, so kommt es auf die beabsichtigte Dauer des Gewerbebetriebes nicht an (a. M. RG. 11, S. 102; RG. 10, S. 102). Selbstverständlich muß der Betrieb des Erben ein rechtsgültiger sein. Der minderjährige Erbe erlangt durch den Fortbetrieb des erblasserischen Geschäftes ohne vormundschaftsbehördliche Genehmigung nicht die Eigenschaft eines Gesellschafters (RG. 35, S. 19). Wird die Firma des Erblassers beibehalten, so ist im Handelsregister die Änderung in der Person der Inhaber einzutragen; wird die Firma geändert, so ist die Firma des Erblassers zu löschen und die gewählte Gesellschaftsfirma neu einzutragen. Verpachten die Erben das Geschäft, so ist der Pächter als Einzelkaufmann als Firmeninhaber einzutragen (vergl. auch AdlCl. 2319). Unzulässig ist jedenfalls die Eintragung der Erben eines Einzelkaufmannes nach aliquoten Teilen (AdlCl. 2222). Entsteht durch Fortsetzung des Handelsgeschäftes des Erblassers durch mehrere Miterben eine offene Handelsgesellschaft, so findet nicht etwa ein doppelter Rechtsübergang vom Erblasser auf die Miterben und von diesen auf die entstehende offene Handelsgesellschaft statt (dagegen der VGH. bei Budw. 13.083, 12.452, BudwF. 579); ob der Erblasser im Testamente den Erben die Fortsetzung des Geschäftes aufgetragen hat oder nicht, ist gleichgültig (dies gegen Budw. 11.217). Mit der in der neueren Judikatur des VGH. zu Tage getretenen Rechtsansicht (BudwF. 2587, 2824; vergl. oben § 2) ist übrigens die Auffassung eines Rechtsüberganges von den Miterben auf die zwischen ihnen entstehende Gesellschaft unvereinbar. Vgl. zur ganzen Frage auch § 4 zu Art. 110.

Exkurs zu Art. 85.

Die gewerberechtliche Stellung der offenen Handelsgesellschaft.[5])

Literatur: Komorzynski, Der Befähigungsnachweis einer offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft, JBl. 1907, Nr. 47; Heller, Das österr. Gewerberecht, S. 131, 135, 165; Laun, Das Recht zum Gewerbebetriebe (Wiener staatswissenschaftliche Studien, 7. Bd., 3. Heft, S. 44); zum Rechte vor der Gewerbenovelle v. 5. Febr. 1907 vergl. insbesondere: Mataja, Gewerberecht, S. 21, 30;

[5]) Die Motive zur GewNov. (Beil. 2141 zu den stenogr. Prot. des AH., XVII. Session) stehen einmal auf dem Standpunkte der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaften (Entw. zu § 3), lehnen an anderer Stelle wieder diese Auffassung ab (Entw. zu § 14 e). Entscheidend sind eben nicht Motive und Marginalrubrik, sondern der Text des Gesetzes.

Digitized by Google

Kulisch, System des österr. Gewerberechtes, S. 240; K. Adler, Das österr. Lagerhausrecht, S. 46 ff.; Komorzynski, Handel, S. 18; weitere Literaturangaben bei Komorzynski a. a. O.

§ 1. 1. **Subjekt des von der offenen Handelsgesellschaft ausgeübten Gewerbes** ist für den Bereich der Gewerbeordnung die **Gesellschaft**. Diese, der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaft widersprechende Auffassung, die bereits auf Grund des früheren Textes des § 3 von der konstanten Judikatur des VGH. und der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten wurde (a. A. K. Adler und Kulisch a. a. O.), hat nun durch die GewNov. v. 5. Febr. 1907, RGBl. ihre gesetzliche Bestätigung erfahren. § 3 GewO. in seiner neuen Textierung betrachtet trotz der irreführenden Überschrift „Juristische Personen und Gesellschaften" die offenen Handelsgesellschaften und die Kommanditgesellschaften (die „zur Protokollierung der Firma verpflichteten Gesellschaften", Abs. 3) als Arten der juristischen Personen. Für den Geltungsbereich der Gewerbeordnung gilt die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. Gewerbetreibende im Sinne der GewO. sind daher nicht die einzelnen Gesellschafter, trotzdem sie im Sinne des HGB. das Gewerbe betreiben (Art. 85), trotzdem sie im Sinne des HGB. Kaufleute sind (§ 1 zu Art. 4), sondern die Gesellschaft (vergl. Komorzynski, Handel, S. 23; Heller a. a. O., S. 35; Budw. 10.256, 6564 VGH. 25. Sept. 1907, GH. 1907, Nr. 12); a. M. Laun, a. a. O. Die aus dem Gewerbebetriebe entspringenden Rechte und Pflichten stehen daher unmittelbar nicht den einzelnen Gesellschaften zu und obliegen nicht ihnen, sondern der Gesellschaft. Freilich haften die einzelnen Gesellschafter auch für die Erfüllung dieser Pflichten nach Art. 112 (vergl. § 4 zu Art. 112). Vergl. auch § 8, Abs. GewGerG.: Wahlberechtigt im Wahlkörper der Unternehmer sind nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die offene Handelsgesellschaft.

§ 2. 2. **Antritt und Ausübung** des Gewerbes durch eine offene Handelsgesellschaft. § 3, Abs. 3 GewO. bestimmt: „In Ansehung der zur Protokollierung der Firma verpflichteten Gesellschaften kann die Gewerbebehörde mit der Ausfertigung des Gewerbescheines, bezw. Verleihung der Konzession auch ohne den Nachweis der erfolgten Protokollierung vorgehen, wenn in sonst stichhältiger Weise die erfolgte Gründung der Gesellschaft dargetan wird. Doch ist in allen Fällen eine angemessene Frist zur nachträglichen Beibringung des Nachweises der erfolgten Protokollierung vorzuschreiben, nach deren fruchtlosem Verlaufe der Gewerbeschein oder das Konzessionsdekret als ungültig einzuziehen ist." Diese Bestimmung, die an eine vom VGH. im Jahre 1900 (Budw. 15.031) ausgesprochene Ansicht anknüpft, sieht also nur die registrierte Gesellschaft als ein mögliches Subjekt des Gewerberechtes an, wiederum ein Bruch mit der Auffassung des HGB., das zur Existenz der offenen Handelsgesellschaft deren Registrierung nicht verlangt (vergl. § 6 zu Art. 85). Der Gesetzgeber mag hierüber allenfalls einer irrigen Auffassung gewesen sein[6]), sein Anspruch ist jedenfalls bindend.

[6]) Man könnte versucht sein, die Bestimmung des § 3, Abs. 3 GewO. als eine notwendige Konsequenz der in § 49 GewO. enthaltenen Vorschriften anzusehen, da die Gesellschaft als Gewerbetreibender nur unter einer Gesellschaftsfirma auftreten könne, deren Gebrauch aber vor Registrierung eine Übertretung nach der GewO begründe. Dem ist jedoch nicht so: Die bloße Aneinanderreihung der Namen der einzelnen Gesellschafter bildet eine zulässige Gesellschaftsfirma, deren befugter Gebrauch ist aber auch nach der GewO. von keiner Registrierung abhängig (vergl. Frankl, S. 6).

Digitized by Google

Er führt dazu, daß bei Entscheidung, ob eine offene Handelsgesellschaft vorliegt oder nicht, auch in gewerberechtlicher Hinsicht ausschließlich die Ansicht des Registerrichters maßgebend ist. Erachtet dieser, daß das beabsichtigte Gewerbe kein Handelsgewerbe ist, sieht er den Beweis, daß die von dem beabsichtigten Gewerbebetrieb zu entrichtenden Steuern das in § 7 EinfG. normierte Maß erreichen, nicht als erbracht an, so verliert die vorläufig erteilte Befugnis zum Gewerbebetrieb, die die Gewerbebehörde schon beim bloßen Nachweise des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages erteilt, ihre Wirksamkeit. Freilich nicht mit rückwirkender Kraft, sonst würden sich ja die Gesellschafter nach § 132, lit. a GewO., straffällig machen. Die offene Handelsgesellschaft kann ein Gewerbe nur durch einen Stellvertreter betreiben (§ 3, Abs. 1; § 23 a, Abs. 4 GewO.). Der Stellvertreter kann ein Gesellschafter oder ein Dritter sein (Komorzynski, JBl. 1907, Nr. 47). Die in § 3, Abs. 1 GewO., neben der Ausübung durch einen Stellvertreter erwähnte Ausübung durch einen Pächter kann nur bei (wirklichen) juristischen Personen, nicht bei offenen Handelsgesellschaften vorkommen. Denn bei Verpachtung eines Handelsgewerbes betreibt das Gewerbe nicht der Verpächter, sondern der Pächter (vergl. § 1 zu Art. 4). Es kann also der Tatbestand des Art. 85 HGB. gar nicht hergestellt werden (vergl. Pisko, Unternehmen, S. 111, 197).[7])

§ 3. 3. **Die persönlichen Eigenschaften**, die zum Antritte eines Gewerbes überhaupt und besonders des von der offenen Handelsgesellschaft betriebenen Gewerbes erforderlich sind, müßten bei Festhaltung der gesetzlichen Auffassung, daß Gewerbetreibender die Gesellschaft als juristische Person ist, nicht in der Person der einzelnen Gesellschafter, sondern nur in der des Stellvertreters vorhanden sein. Bezüglich der persönlichen Eigenschaften, die zum Antritte eines Gewerbes überhaupt erfordert werden, hat es das Gesetz bei dieser Konsequenz belassen. Bezüglich der allgemeinen „Gewerbefähigkeit" (vergl. Kulisch, S. 198) kommt es nur auf die Person des Stellvertreters und nicht der einzelnen Gesellschafter an; das gleiche gilt bezüglich der besonderen Ausschließungsgründe, die jemand vom Gewerbebetrieb überhaupt oder vom Betriebe eines bestimmten Gewerbes ausschließen (Komorzynski, JBl. 1907, N. 47, N. 10 ff.). Dem Antritte eines Gewerbes durch eine offene Handelsgesellschaft steht es also nicht entgegen, daß gegen die Gesellschafter Straferkenntnisse erflossen sind, die nach §§ 5, 6 GewO. die Ausschließung vom Gewerbebetrieb begründen oder daß die Gesellschafter als Ausländer wegen fehlender Reziprozität nach § 8 GewO. vom persönlichen Gewerbebetriebe ausgeschlossen wären.[8]) (a. M. Laun a. a. O. S. 47.)

Was jedoch die besondere zum Betriebe des Gewerbes nötige Fähigkeit betrifft, so hat das Gesetz die erwähnte juristische Konsequenz insofern

[7]) Die Ausführungen des Textes beruhen auf der Auffassung, daß auch im Sinne der GewO. als Pächter nur derjenige angesehen werde, der ein Gewerbe auf eigene Rechnung und in eigenem Namen betreibt. Die oft vertretene Auffassung, daß das Wesen der der Gewerbebehörde kundgemachten Verpachtung eines Gewerbes bloß in der Schaffung eines publizistischen Stellvertretungsverhältnisses gelegen ist, könnte allerdings zu einer anderen Auffassung als der im Texte mitgeteilten führen.

[8]) Diese Konsequenzen sprechen de lege ferenda am stärksten gegen die Behandlung der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person für das Gebiet des Gewerberechtes (vergl. insbesondere K. Adler, Lagerhausrecht, S. 47). Warum soll es erlaubt sein, daß A und B das Gewerbe, dessen Betrieb einem jeden von ihnen aus öffentlichen Interessen untersagt ist, dann betreiben dürfen, wenn sie es zusammen unter gemeinsamer Firma betreiben? Die Tatsache, daß die Gesellschafter es sind, die das Gewerbe betreiben, kann schließlich kein Gesetz aus der Welt schaffen.

Digitized by Google

durchbrochen, als diese besondere Befähigung nicht bloß bei der Person des Stellvertreters vorhanden sein muß. § 14e GewO. bestimmt:

„Wenn eine offene Handelsgesellschaft ein handwerksmäßiges Gewerbe anmeldet, so hat mindestens ein Gesellschafter, welcher nach dem Gesellschaftsvertrage zum Betriebe der Geschäfte oder zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, den für das betreffende Gewerbe erforderlichen Befähigungsnachweis zu erbringen und hat die Gesellschaft dieser Voraussetzung auch bei dem ferneren Betriebe des handwerksmäßigen Gewerbes mindestens bezüglich eines zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafters jederzeit zu genügen. Die Gesellschaft ist auch verpflichtet, von jedem Wechsel in der Person der zum Gewerbebetriebe befähigten Gesellschafter die Gewerbebehörde in Kenntnis zu setzen.

Im Falle unvorhergesehenen Ausscheidens des einzigen zum Gewerbebetriebe befähigten Gesellschafters ist von der Gewerbebehörde der Gesellschaft eine Frist bis zu sechs Monaten behufs Namhaftmachung eines mit dem erforderlichen Befähigungsnachweise versehenen, mit der Geschäftsführung oder Vertretung betrauten Gesellschafters einzuräumen.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten bei Kommanditgesellschaften bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter."

Diese Bestimmungen finden nach § 13a, Abs. 5, und § 23, Abs. 4, sinngemäße Anwendung, wenn die Handelsgesellschaft ein gemäß § 38, Abs. 3 und 4 an einen Befähigungsnachweis geknüpftes Handelsgewerbe im engeren Sinne oder ein an eine besondere Befähigung gebundenes konzessioniertes Gewerbe betreiben will. Auch in letzterem Falle ist die Konzession nicht dem den Befähigungsnachweis erbringenden Gesellschafter, sondern der Gesellschaft verliehen; sie ist, soweit sie ein Vermögens- und Verkehrsobjekt darstellt, Bestandteil des Gesellschaftsvermögens und kann daher nur wegen einer Gesellschaftsschuld in Exekution gezogen werden (Art. 119).

Der Gesellschafter, der den erforderlichen Befähigungsnachweis erbringt, muß entweder zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugt sein. Kollektivgeschäftsführungsbefugnis oder Kollektivvertretungsbefugnis genügt. Daß am Ende des ersten Satzes des 1. Abs. nur vom vertretungsbefugten Gesellschafter die Rede ist, muß, wie Komorzynski richtig bemerkt, auf ein Redaktionsversehen zurückgeführt werden (vergl. übrigens Abs. 2 i. f.). Ist das an einen Befähigungsnachweis gebundene konzessionierte Gewerbe ein fabriksmäßiges, so genügt es, wenn der Geschäftsführer den erforderlichen Befähigungsnachweis erbringt (§ 23a, Abs. 4).

4. **Bei Umwandlung** des Geschäftes eines Einzelkaufmannes in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft oder umgekehrt tritt ein Wechsel im Subjekte des Gewerberechtes ein; daher ist Neuanmeldung notwendig (a. M. Budw. 12.163); anders bei Eintritt und Austritt eines Gesellschafters in eine bestehende Handelsgesellschaft oder aus einer solchen (Heller, S. 136). § 4.

Artikel. 86.

Die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft ist von den Gesellschaftern bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, und bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk sie eine Zweigniederlassung hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Digitized by Google

Die Anmeldung muß enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;
2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat;
4. im Falle vereinbart ist, daß nur einer oder einige der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten sollen, die Angabe, welcher oder welche dazu bestimmt sind, ingleichen, ob das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll.

Einleitung. **Der Artikel gebietet die Eintragung der errichteten Gesellschaft** und ordnet zu diesem Zwecke in Abs. 1 an, von wem und wo die Anmeldung erfolgen soll; Abs. 2 bestimmt den Inhalt der Anmeldung.

§ 1. 1. (Abs. 1.) Die hier angeordnete **Anmeldung zur Eintragung** ist an eine Frist nicht geknüpft. Sie muß daher ohne Verzug nach der Errichtung erfolgen (P. 983).[1]) Anmeldungspflichtig sind alle Gesellschafter (vergl. Art. 88). Sie unterliegen sonst dem Zwange des Art. 26. Auch kann jeder Sozius gegen den anderen auf Bewirkung der Anmeldung klagen, und ist gegen solche Klage der Einwand nicht zulässig, daß der Kläger seiner Einlagepflicht nicht genügt habe, da es sich um eine öffentlichrechtliche Pflicht handelt (vergl. § 1 zu Art. 129). Über die Vollstreckung des über eine solche Klage ergehenden Urteiles vergl. § 7 zu Art. 12. Der Registerrichter hat zu prüfen, ob die Begriffsmerkmale der offenen Handelsgesellschaft vorliegen, ob das Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, ob die erforderliche Zustimmung zum rechtsgültigen Gewerbebetriebe vorliegt und ob der Umfang des Gewerbes die im § 7 EinfG. normierte Steuerpflicht begründet. Keinen Gegenstand der Prüfung des Registerrichters bildet die Frage, ob die Gesellschafter die zum Betriebe des gesellschaftlichen Gewerbes nötige Befähigung besitzen oder Konzession erlangt haben; die entgegengesetzte Entscheidung bei AdlCl. 2351 widerspricht direkt dem Art. 11. Die erfolgte Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft steht der späteren Geltendmachung von solchen Umständen, die die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft hindern, nicht entgegen (vergl. § 12 zu Art. 12) sowohl seitens der dritten Personen (vergl. § 7 zu Art. 85) als auch seitens der Gesellschafter gegeneinander (AdlCl. 2413; vergl. Einleitung zu Art. 125).

2. (Abs. 2.) Der hier normierte **Inhalt der Anmeldung** ist obligatorisch und erschöpfend. Umfassendere Eintragungen sind ausgeschlossen (vergl. Art. 12; ebenso Behrend, § 64, Anm. 12; anders Puchelt, Anm. 3). Insbesondere gehört der Gegenstand des Handelsgewerbes nicht in die Eintragung (vergl. Hahn, § 7; AdlCl. 1367; über die abweichende Praxis der österreichischen Gerichte und die im Sinne dieser Praxis erflossene Vdg. v. 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40, vergl. § 5 zu Art. 12).

Zu den einzelnen Ziffern ist zu bemerken:

§ 2. Zu Nr. 1. Da auch juristische Personen Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft sein können (§ 5 zu Art. 85), so ist die Bestimmung nicht umfassend genug.

Zu Nr. 2. Die Firma und der Sitz. Über die Firma der offenen Handelsgesellschaft vergl. Art. 17. Die offene Handelsgesellschaft kann nur einen einheitlichen Sitz haben (Busch, Arch. 9, S. 453), das ist der Ort, von welchem

[1]) Auch hier ist auf § 10 zu Art. 10 zu verweisen.

Digitized by Google

aus die Zentralleitung ausgeht, alle weiteren Handelsniederlassungen der Gesellschaft sind Zweigniederlassungen. Als Sitz der Gesellschaft kann auch nur der Ort der Zentralleitung angemeldet werden. Wo die Gesellschafter ihren Wohnsitz haben, ist gleichgültig (Randa, II., S. 70; anders AdlCl. 1433). Der Sitz der Gesellschaft bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand derselben (§ 75 JN.) und bestimmt zugleich in materieller Beziehung das auf ihre Rechtsverhältnisse anzuwendende positive Recht, so insbesondere in Bezug auf die Befugnis der Gesellschafter und sonstiger Gesellschaftsorgane zur Vertretung der Gesellschaft sowie in Bezug auf alle Fragen, betreffend den Inhalt des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zueinander und zur Gesellschaft.

Zu Nr. 3. Der Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft begonnen hat, ist anzumelden, das ist also, wie sich aus Art. 85 ergibt, der Zeitpunkt, in welchem die Sozien begonnen haben, das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma zu betreiben, nicht, wie Gareis-Fuchsberger, S. 261, Anm. 17, sagen, der Zeitpunkt des Gesellschaftsvertragsabschlusses; denn dieser begründet nicht die vollwirksame Existenz der o. HG. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine Gesellschaft auch noch nach ihrer Auflösung eingetragen wird, wenn sich die Gesellschafter die Vorteile, welche mit der Eintragung der Auflösung verknüpft sind, sichern wollen (ROHG. 23, S. 227). Doch kommt dies selten vor (vergl. Note 1). Der Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Endigung der Gesellschaft ist bei der Anmeldung nicht mit einzutragen.

Zu Nr. 4. Die Regel ist, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft voll und ganz vertreten kann. Ausnahmen hievon sind nach der Richtung nicht zulässig, daß die Vertretungsbefugnis auf Geschäftszweige beschränkt wird, vielmehr nur so, daß entweder ein Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis ganz ausgeschlossen wird oder daß mehrere Gesellschafter nur zusammen die Gesellschaft vertreten dürfen (Kollektivvertretung). Im Einklange mit dem Gesetze bestimmt auch § 3 der Vdg. v. 26. Apr. 1906, RGBl. Nr. 89, betreffend Änderung in der Führung und Anlegung des Handelsregisters, daß die Namen der zur Vertretung befugten Gesellschafter dann nicht einzutragen sind, wenn jeder Gesellschafter zur Alleinvertretung befugt ist. Die Regelung der Geschäftsführung gehört nicht in das Handelsregister (AdlCl. 272; Punkt 6 des III. Abschnittes der Vdg. v. 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40).

a) **Der gänzliche Ausschluß** muß deutlich ausgedrückt sein. Nicht genügend ist es, wenn gesagt wird, daß der oder jener Gesellschafter zur Vertretung befugt sei (Busch, Arch. 9, S. 453). Der gänzliche Ausschluß kann sich nicht auf alle Mitglieder der Gesellschaft beziehen, die Gesellschaft muß wenigstens einen gesetzlichen Vertreter haben (vergl. Bacmeister, Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter, GZ. 55, S. 417 ff; auch AdlCl. 1943, 2145; Randa, II., S. 72); der gewählte Vertreter in Gestalt des gemeinschaftlichen Bevollmächtigten ersetzt seine Stelle nicht. Denn wenn dieser die Vollmacht niederlegt, würde die Gesellschaft gar keinen Vertreter haben (anders Puchelt, Anm. 10; Kammergericht bei Johow 10, S. 27; OLG. Stuttgart in GZ. 42, S. 527; Rießer in GZ. 42, S. 322; Canstein, I., S. 538, und überhaupt die herrschende Meinung). Der Hinweis auf Art. 104 ist nicht beweisend. Denn einmal bezieht er sich nur auf die Geschäftsführung, nicht auf die Vertretung. Sodann aber bezieht sich derselbe nur auf den Fall des Art. 102, wo einzelnen Gesellschaftern die Geschäftsführung übertragen und dadurch die anderen ausgeschlossen sind; daß der Ausschluß aller erfolgen könne, ist damit nicht gesagt.

Digitized by Google

Der von der Vertretung Ausgeschlossene kann zur Vornahme einzelner bestimmter Geschäfte und Rechtshandlungen ermächtigt werden. Aber generelle Handlungsvollmacht kann ihm nicht erteilt werden. Zwar ist eine Handlungsvollmacht, auch eine generelle, von der Vertretungsbefugnis schon ihrem Inhalte nach und hinsichtlich ihrer Widerruflichkeit verschieden; aber nach außen präsentiert sich diese Betätigung einer generellen Handlungsvollmacht im großen und ganzen ebenso wie die Betätigung einer Vertretungsbefugnis, so daß der Rechtsverkehr eine Vertretungsbefugnis als vorhanden anzunehmen befugt ist.

Aus denselben Gründen ist es nicht gestattet, einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter zum Prokuristen zu bestellen (anders Pollitzer, S. 162).

§ 3. b) **Eine weitere Ausnahme ist die Gesamtvertretung** (oder Kollektivvertretung). Es kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen.

α) Die Kollektivvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Wie die Gesamtprokura eine Vollprokura ist, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vergl. § 6 zu Art. 41), so liegt hier eine Vertretungsbefugnis, nur getragen von mehreren Gesellschaftern, vor.

Demgemäß bezieht sich denn auch die Kollektivvertretung auf Rechtsakte aller Art, im vollen Umfange des Art. 114 und kann auch nicht eingeschränkt werden auf einzelne Akte und Geschäftszweige oder Arten von Rechtshandlungen. So wurde denn mit vollem Rechte vom OLG. Innsbruck (AdlCl. 2109) ein Gesuch um Eintragung, daß zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten nur je zwei Gesellschafter kollektiv berechtigt sein sollen, abgewiesen; während der OGH. diesem Gesuche unter Berufung auf Art. 99 und 100 — die doch nur von der Geschäftsführung sprechen — stattgab (vergl. hiezu Bock, GZ. 1904, Nr. 16). Wenn sich dennoch Eintragungen finden, wonach mehrere Gesellschafter nur gemeinsam zur Zeichnung der Firma berechtigt sind, so sind solche Eintragungen deshalb gültig, weil ihr Inhalt dahin auszulegen ist, daß sie sich auf die Vertretungsbefugnis überhaupt beziehen (AdlCl. 1182; RG. 24, S. 27; 34, S. 56; Johow 15, S. 98; Randa, II., S. 202).

β) Die Ausübung der Kollektivvertretung. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämtlichen Kollektivvertreter mitwirken (vergl. § 1011 ABGB., und Gorski, S. 148). Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen. Brauchen sie auch nicht gerade stets den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinschaft vorzunehmen (Gorski, S. 148), so muß sich doch immerhin der Akt als ein von allen Kollektivberechtigten geschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (vergl. § 6 zu Art. 41). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurteilen, ob bei nicht gleichzeitigem Handeln der Kollektivberechtigten dennoch ein verpflichtender Akt vorliegt. An sich ist die vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht immer unzulässig (ROHG. 16, S. 33; Bolze 8, Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (ROHG. 6, S. 392; 12, S. 34; 17, S. 402), wie z. B. wenn der eine Kollektivvertreter verhandelt, der andere zuhört und nicht widerspricht. Überall muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht Internum der Kollektivberechtigten bleiben (RG. 40, S. 19, und RG.

Digitized by Google

v. 31. Jänner 1898 in JW., S. 164). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht, um das Erfordernis der Mitwirkung zu erfüllen (Bolze 4, Nr. 807; Behrend, § 128, Anm. 10; vergl. jedoch unten lit. ε).

γ) Der Beweis dieser Mitwirkung ist von dem zu führen, der ein Recht darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Anbietung des Beweises, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des anderen Kollektivvertreters abgegeben ist, es muß dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (ROHG. 17, S. 402; Bolze 8, Nr. 548).

δ) Ein Kollektivvertreter, der ohne Mitwirkung des anderen handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich. Art. 55 ist analog anzuwenden (AdlCl. 2409, mit teilweise unzutreffender Begründung).

Es ist hiebei jedoch das in folgendem zu ε, ζ, η Gesagte zu beachten.

ε) Die Kollektivvertreter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Darin liegt die Erteilung einer Handlungsvollmacht. Der auf diese Weise Bevollmächtigte kann handeln ohne Mitwirkung seiner Kollektivgenossen. Eine solche Ermächtigung hat die Natur und demgemäß auch den Umfang einer Handlungsvollmacht und ist konsequenterweise auch wie diese widerruflich.

Auf solcher Ermächtigung beruht z. B. die Gültigkeit der von einem Kollektivvertreter auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossener Börsengeschäfte. Auch eine Postvollmacht können daher Kollektivvertreter einem von ihnen übertragen (vergl. § 6 zu Art. 41), und die Denkschrift, S. 132, weist ausdrücklich darauf hin (vergl. auch RG. 24, S. 28). Ein weiteres Beispiel wäre die Ermächtigung eines Gesellschafters zur Ausstellung von Quittungen (Denkschrift, S. 132). — Die Ermächtigung bedarf natürlich keiner Form: bloßes Dulden kann genügen.

ζ) Außerdem wird eine eigenmächtige Handlung eines Kollektivvertreters gültig durch nachträgliche Zustimmung der alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter oder der anderen Kollektivvertreter, aber selbstverständlich nur in dem Falle, wo nach sonstigen Grundsätzen die Zustimmung ausreicht. Nicht immer ist dies der Fall. Handelt es sich z. B. um die Teilnahme der o. HG. an der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, so muß die Stimmabgabe seitens beider Kollektivvertreter gemeinsam geschehen; würde nur der eine erscheinen, der andere aber nachträglich die Stimmabgabe genehmigen, so reichte das, weil dem Wesen der Abstimmung zuwider, nicht aus. Das gleiche gilt bei Formalitäten, wie Auflassung, notwendigen schriftlichen Verträgen.

η) Und endlich kann der Kollektivvertreter auch gesetzliche Vertretungsbefugnis zu gewissen Rechtshandlungen haben. So z. B. Art. 50: Zahlung im Laden; Art. 291: Überbringer der Quittung.

Wo es auf das Wissen einer Tatsache ankommt, genügt die Kenntnis auch nur eines Kollektivvertreters, um die Unredlichkeit der Gesellschaft zu begründen (Judikatur hiefür siehe § 6 zu Art. 41). Haben daher zwei kollektivberechtigte Gesellschafter einen Rechtsakt für die Gesellschaft vorgenommen und fällt auch nur dem einen von ihnen betrügerisches Verhalten zur Last, so hat die Gesellschaft dies zu vertreten (RG. v. 12. Dez. 1898 in JW. 1899, S. 46). Vom Wissenmüssen gilt das gleiche nicht.

Digitized by Google

§ 337 ABGB. ist hier nicht anwendbar, mag er auch auf die Erwerbsgesellschaften des bürgerlichen Rechtes bezogen werden; denn derselbe setzt das Bestehen des Majoritätsprinzipes voraus, kann also nicht dort angewendet werden, wo ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung aller Vertreter zur Gültigkeit eines Rechtsaktes notwendig ist.

§ 4. Zusatz. **Ausländische Handelsgesellschaften** dürfen in Österreich Zweigniederlassungen errichten, dieselben sind hier einzutragen; auch bei ihnen entscheidet (vergl. oben Nr. 2) hinsichtlich ihrer zivilen Rechtsbeständigkeit das Gesetz des Ortes, an welchem sie ihren Stammsitz haben, insbesondere darüber, ob ihre Existenz von Staatsgenehmigung abhängig ist (RG. 6, S. 134; 7, S. 68), sowie bezüglich ihrer Vertretung (RHG. 2, S. 36) und ihres Firmenrechtes (AblCl. 1251), nur daß sie sich von den einheimischen Firmen des betreffenden Ortes deutlich unterscheiden müssen.

Parteifähig sind sie nach § 1 ZPO. Die Bestimmung des § 3 ZPO. findet nur auf physische Personen Anwendung (Skedl, S. 154; Walker, Die rechtliche Stellung ausländischer juristischer Personen, S. 8). Eine ausländische Handelsgesellschaft liegt vor, wenn dieselbe ihren Sitz im Auslande hat, mögen auch die Mitglieder Österreicher sein; umgekehrt liegt eine inländische Handelsgesellschaft vor, wenn dieselbe in Österreich ihren Sitz hat und sämtliche Mitglieder Ausländer sind (Walker, S. 14; Horten, Zivilpr. I., S. 11; a. M. R. Pollak, Zivilpr., S. 178). Nach den Gesetzen des Staates, in dem die ausländische Gesellschaft ihren Sitz hat, bestimmt sich auch die Verpflichtung zur Leistung der aktorischen Kaution (Fragenbeantwortung zu § 57 ZPO.; Walker a. a. O., S. 14), ebenso Voraussetzung und Umfang des der Gesellschaft zustehenden politischen Wahlrechtes (Budw. 8611, 13.776; BudwA. 45). Hinsichtlich ihrer Befugnis zum Gewerbebetriebe gelten die Bestimmungen der GewO. (vergl. § 8 GewO.). Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen offenen Handelsgesellschaft begründet gegen letztere den Gerichtsstand nach § 99, Abs. 3 JN. (vergl. § 7 zu Art. 21, und R. Pollak, Zivilpr., S. 309).

Artikel 87.

Wenn die Firma einer bestehenden Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt wird, oder wenn neue Gesellschafter in dieselbe eintreten, oder wenn einem Gesellschafter die Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten (Art. 86, Z. 4), nachträglich erteilt, oder wenn eine solche Befugnis aufgehoben wird, so sind diese Tatsachen bei dem Handelsgerichte behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Änderung der Firma, bei der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft und bei der Aufhebung der Vertretungsbefugnis richtet sich die Wirkung gegen Dritte in den Fällen der geschehenen oder der nicht geschehenen Eintragung und Bekanntmachung nach den Bestimmungen des Art. 25.

Während Art. 86 die Tatsachen bezeichnet, welche bei Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen sind, **gibt der Art. 87 diejenigen Tatsachen an, welche einzutragen sind, wenn sie während des Bestehens der Gesellschaft sich ereignen.**

1. (Abs. 1.) Hier werden die einzutragenden Tatsachen aufgezählt, jedoch nicht vollständig. Denn nicht nur die gänzliche Entziehung der Vertretungs-

Digitized by Google

befugnis, sondern auch die Änderung durch Einführung einer Kollektivvertretung oder einer solchen anderer Art, als der bisher bestandenen, sind einzutragen; ebenso ist das Ausscheiden eines Gesellschafters beim Fortbestehen der Gesellschaft einzutragen (Art. 129), ebenso die Errichtung und Löschung einer Zweigniederlassung, wofür gleichfalls Art. 88 maßgebend ist (AdlCl. 1261). Zu den anzumeldenden Veränderungen gehört nicht die Erweiterung des Geschäftsbetriebes auf andere Gegenstände, da ja der Gegenstand des Unternehmens überhaupt nicht anzumelden ist (AdlCl. 1367; vergl. § 1 zu Art. 86 und § 2 zu Art. 12)[1]); auch nicht die Verlegung des Sitzes innerhalb desselben Ortes (vergl. B. Mayer a. a. O., S. 482). Über Verlegung des Sitzes nach einem außerhalb des Registersprengels gelegenen Ort vergl. B. Mayer a. a. O.; § 1 zu Art. 25, Anm. 34.

2. (Abs. 2.) Für die Bedeutung der erfolgten oder nicht erfolgten Eintragung und Publikation ist lediglich Art. 25 in Bezug genommen, weshalb auf die dort gegebene Erläuterung zu verweisen ist.

Artikel 88.

Die Anmeldungen (Art. 86, 87) müssen von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden. Sie sind ihrem ganzen Inhalte nach in das Handelsregister einzutragen.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

1. (Abs. 1.) Die Anmeldungen nach Art. 86 und 87 müssen von allen Gesellschaftern, auch den von der Vertretung ausgeschlossenen, erfolgen; bei Anmeldung der Eintragung des Neueintrittes eines Gesellschafters auch von dem neu eintretenden (AdlCl. 2126). Doch ist die Vertretung durch einen gehörig legitimierten Bevollmächtigten zulässig (vergl. § 2 zu Art. 19). § 1.

2. (Abs. 2.) Die Zeichnung der Firma ist eine persönliche Tätigkeit. Ob sie Vertretung zuläßt, darüber siehe § 2a zu Art. 19. § 2.

Zusatz. Wie der Gesellschafter die Firma zu zeichnen hat, darüber fehlt eine dem Art. 44 analoge Vorschrift. Es ist daher nicht anzunehmen, daß auch hier, wie das Kammergericht (bei Johow, 13, S. 171) annimmt, die Ordnungsvorschrift gilt, daß der Sozius die Firma nebst seiner Namensunterschrift zu zeichnen hat (AdlCl. 337), doch ist dies natürlich zulässig (AdlCl. 788) und andrerseits auch zulässig, daß nur die Firma der o. HG. gezeichnet wird. Eine richtige Gesellschaftsunterschrift ist es, wenn der Gesellschafter der vorgedruckten Firma seinen persönlichen Namen beifügt (der OGH. bei AdlCl. 1445, 2132, 2307; RG. bei Seuff. Arch. 57, Nr. 86; Punkt 7 des III. Abschnittes der Bdg. v. 10. Dez. 1901, JMBl. Nr. 40). Bei Kollektivvertretung folgt aus der Notwendigkeit gemeinschaftlichen Zusammenwirkens (§ 6 zu Art. 41), daß beide Sozien die Firma zeichnen müssen, wenn eine formell gültige Gesellschaftsunterschrift vorliegen soll. Eigentlich müßte daher jeder der kollektivberechtigten Sozien die Firma zeichnen. Eine gemeinsame Zeichnung ist aber § 3.

[1]) Nach anderen Gesichtspunkten ist die von Randa II., S. 73, bejahte Frage zu entscheiden, ob eine Änderung im Betriebsgegenstande dann anzumelden ist, wenn die Firma einen Hinweis auf diesen Betriebsgegenstand enthält (vergl. § 4 zu Art. 16).

Digitized by Google

auch in der Weise denkbar, daß jeder einen Teil der Firma zeichnet. Das ist nicht unzulässig (AdlCl. 436). In der Praxis zeichnet ein Sozius die Firma und seinen Namen, der andere fügt seinen Namen hinzu. Man wird nicht so rigoros sein können, dies für ungenügend zu erklären, weil doch die Firma nicht gemeinschaftlich gezeichnet sei. Überall ist hier aber festzuhalten, daß es für die verpflichtende Kraft des Rechtsaktes im allgemeinen nur darauf ankommt, daß in Wahrheit und erkennbar für die o. HG. kontrahiert werden sollte, und daß strengere Formerfordernisse für die Zeichnung der Gesellschaftsfirma nur bei der Wechselzeichnung gelten (§ 4 zu Art. 114; Johow 13, S. 171). Die Kundmachung der Firmazeichnung ist im HGB. nicht vorgeschrieben. Dies anerkennt auch die Bdg. v. 10. Dez. 1901, JMVBl. Nr. 40 (P. 7 des III. Abschnittes), wo empfohlen wird, „die Kundmachung der Firmazeichnung bei Gesellschaftsfirmen in allen Fällen Platz greifen zu lassen, wo die Firmenfertigung von dem nach der jeweils stattfindenden Art der Vertretung zu erwartenden Normalfalle abweicht . . ."

Artikel 89.

Das Handelsgericht hat die Beteiligten zur Befolgung der vorstehenden Anordnungen (Art. 86 bis 88) von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Das Gesetz erwähnt nur das Zwangsmittel der Ordnungsstrafe. Daneben haben die Gesellschafter eine Zivilklage gegen die sich weigernden Gesellschafter auf Bewirkung der Anmeldung (über die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen auf Eintragung vergl. § 4 zu Art. 12). Auch für dritte kann auf Grund besonderer Verträge ein Klagerecht auf Eintragung bestehen, so z. B. wenn sich zwei Personen einem dritten gegenüber vertraglich verpflichtet haben, für dessen Rechnung ein Handelsgewerbe in offener Handelsgesellschaft zu betreiben.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

Artikel 90.

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage.

Soweit über die in den nachfolgenden Artikeln dieses Abschnittes berührten Punkte keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die Bestimmungen dieser Artikel zur Anwendung.

Einleitung. Der Artikel bestimmt, **daß für die Rechtsverhältnisse der Parteien zunächst der Gesellschaftsvertrag, in zweiter Linie das Gesetz maßgebend sei.** Der Gesetzgeber geht auch hier davon aus, daß ein Sozietätsverhältnis nach innen bei jeder offenen Handelsgesellschaft besteht und diese Annahme ist richtig, wenn die bei § 7 zu Art. 85 entwickelte Ansicht zutrifft, daß zum Betriebe der offenen Handelsgesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes auf gemeinschaftliche Rechnung nötig ist. Auf gemeinschaftliche Rechnung wird ein Handelsgewerbe aber schon dann betrieben, wenn alle Gesellschafter am Ertrage teilnehmen; Beteiligung aller Gesellschafter am Verluste ist nicht notwendig (vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 378, N. 32). Der Betrieb eines Gewerbes auf gemeinschaftliche Rechnung er-

Digitized by Google

zeugt notwendigerweise zwischen den Beteiligten ein Gesellschaftsverhältnis. Canstein, I., S. 483, fordert zum Begriffe der offenen Handelsgesellschaft neben dem inneren Sozietätsverhältnis ein gesellschaftliches Vermögen; der Mangel eines solchen bewirkt aber lediglich, daß die vorzugsweise Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen entfällt und dieselben auf die persönliche Haftung der Gesellschafter angewiesen sind (K. Adler, S. 101). Übrigens ist folgendes zu beachten: Es gehört nicht zum Begriffe der Gesellschaft, daß jedes Mitglied am Gewinn und Verlust oder an einem von beiden beteiligt ist (vergl. § 1195 ABGB.). Diese Beteiligungsart ist vielmehr bloß ein naturale negotii und zum Wesen der Gesellschaft gehört nur die Vereinigung mehrerer Personen zu einem gemeinschaftlichen Endzweck, was immer dann vorliegt, wenn mehrere Personen Tatkraft und Kapital vereinigen, um ein Geschäft zu führen und die Früchte desselben, und seien dies auch feste, auf die Dauer der Gesellschaft berechnete Bezüge, möglichst lange zu erzielen. Es liegt daher z. B. eine Gesellschaft noch immer vor, wenn auch ein Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht teilnimmt, sondern jährlich 10.000 Kronen fix aus der Gesellschaftskasse erhält und keine Einlage macht. Denn immerhin erhält er diese Bezüge doch nur aus der Gesellschaftskasse und solange die Gesellschaft besteht, deren Gedeihen der Endzweck seiner Mittätigkeit ist.

Über die Verhältnisse der Sozien nach innen entscheiden in erster Linie der Gesellschaftsvertrag (Abs. 1), in zweiter Linie (Abs. 2) die nachfolgenden Artikel.

1. (Abs. 1.) **Der Gesellschaftsvertrag.** **§ 1.**

a) Begriff des Gesellschaftsvertrages. Im Sinne des HGB. gehören zum Gesellschaftsvertrage nicht bloß die Gründungsabrede, sondern alle nachträglichen Vereinbarungen der Gesellschafter über das Gesellschaftsverhältnis. Der Gesellschaftsvertrag ist die Summe derjenigen Abreden, welche über die Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Mitglieder gültig getroffen sind. Dieser Begriff liegt z. B. zu Grunde den Art. 99, 101, 102, 123, Nr. 2 (vergl. Biezens in GZ. 35, S. 96).

b) Über die materielle Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze des bürgerlichen Rechtes. Im einzelnen ist dabei hervorzuheben:

Einigung über die wesentlichen Punkte muß vorliegen. Es müssen die Parteien darüber einig geworden sein, daß sie unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe betreiben wollen, ohne daß nach außen hin ihre Haftung auf Vermögenseinlagen beschränkt wird. Aus dem allen Verträgen innewohnenden Erfordernis der Bestimmtheit folgt aber weiter, daß sie sich über ein bestimmtes Handelsgewerbe geeinigt haben müssen, und da ferner ein Gewerbebetrieb nur mit pekuniären Mitteln, und beständen dieselben auch nur in der Inanspruchnahme von Kredit, erfolgen kann, so ergibt sich aus der Natur der Sache das Erfordernis der Einigung über die Mittel, durch welche der Gesellschaftszweck erreicht werden soll, ob durch Vermögenseinlagen oder sonst (ROHG. 7, S. 273), und wenn Vermögen eingelegt werden soll, so muß die Höhe der Einlage bestimmt sein (Art. 92; ROHG. 9, S. 38; vergl. OLG. Kiel in Busch, Archiv 46, S. 298, wo es für ungenügend erachtet wurde, daß der eine Sozius sich verpflichtet hatte, „das erforderliche Kapital herzugeben"; vergl. jedoch auch RG. 30, S. 148, wo zur Ergänzung des lückenhaften Vertrages auf das arbitrium boni viri hingewiesen wird). Soll dagegen bloß Arbeit eingesetzt werden, so wird das Maß der Beitragspflicht mangels Verabredung durch Gesetz bestimmt (Art. 102).

Digitized by Google

Beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen aber liegt kein Vorvertrag (pactum de ineunda societate), sondern ein wirklicher Gesellschaftsvertrag vor, fehlen sie dagegen, so ist ein bindendes Abkommen überhaupt nicht zu stande gekommen. Nicht übereinstimmt hiemit das ROHG. 9, S. 38. Die von uns gegebene Darstellung ist aber richtig; denn bei Konsensualverträgen kann von einem Abkommen über einen zu schließenden Vertrag nicht gesprochen werden, jedenfalls dann nicht, wenn jenes Abkommen die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Vertrages enthält (Glu. 3079; RG. 12, S. 304; Literatur über diese bestrittene Frage bei Krainz-Ehrenzweig, § 313, Note 61).

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Die gesetzlichen Bestimmungen, welche zur Ergänzung gegeben sind**, kommen nur zur Anwendung, wenn die Parteien ihre Anwendung gewollt oder über diese Punkte nichts vereinbart haben. Jedoch muß ein perfekter Gesellschaftsvertrag vorhanden sein.

Die gesetzlichen Vorschriften über das innere Verhältnis der Sozien haben hienach durchwegs dispositive Natur und sind der beliebigen Abänderung durch die Privatwillkür der Gesellschafter unterworfen (Blaschke-Pitreich, S. 113; Canstein I., S. 482). Nur insofern hat die Vertragsfreiheit eine Schranke, als keine gegen das Wesen eines Gesellschaftsvertrages oder gegen Verbotsgesetze oder gegen die gute Sitten verstoßende Abrede gültig vereinbart werden kann (vergl. § 1). Wenn aber weder der Vertrag, noch auch die in diesem Abschnitte enthaltenen Bestimmungen eine Streitfrage entscheiden, so kommt nach Art. 1 das Gewohnheitsrecht, eventuell das allgemeine Zivilrecht zur Anwendung.

Zusatz. Die Beweislast, wenn eine dem Gesetze zuwiderlaufende Vereinbarung behauptet wird, hat der, welcher dieselbe geltend macht. Ebenso hat, wenn die ursprüngliche Vereinbarung feststeht und eine nachträgliche Vereinbarung behauptet wird, derjenige die Beweislast, der die Änderung vorschützt (vgl. ROHG. 3, S. 173).

Artikel 91.

Wenn Geld oder andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen, oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht bloß zum Zwecke der Gewinnverteilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigentum der Gesellschaft.

Im Zweifel wird angenommen, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigentum der Gesellschaft geworden sind.

Einleitung. **Das Gesetz bestimmt in diesem Artikel die gesetzlichen Folgen der Einbringung**, und zwar in Form von zwei Interpretativsätzen.

§ 1. 1. (Abs. 1.) Die Einbringung von Geld und anderen Konsumtibilien und Fungibilien, ebenso von anderen Sachen nach einer Schätzung, jedoch nicht bloßen Gewinnverteilungsschätzung, überträgt der Gesellschaft das Eigentum. Der Erläuterung bedürfen folgende Begriffe.

a) **Die Einbringung.** Gemeint ist sowohl die anfängliche, wie die nachträgliche. Sie ist derjenige Akt, durch welchen von dem Gesellschafter als

Digitized by Google

solchen[1]) der durch Gründungsvertrag oder durch spätere Vereinbarung für die Zwecke der Gesellschaft gewidmete Gegenstand der Gesellschaft zugeführt, in das Vermögen derselben übertragen wird. Sie ist die Erfüllung des Illationsversprechens (vergl. unten § 3; zust. K. Adler, S. 100).

Den gesellschaftlichen Zwecken gewidmet können die Gegenstände werden entweder zum bloßen Gebrauche oder zum Eigentum. Welcher von beiden Fällen vorliegt, entscheidet zunächst die Abmachung der Sozien. Das Gesetz gibt aber für den Fall, daß eine solche Abmachung nicht vorliegt, im vorliegenden Absatz eine Interpretativvorschrift, durch welche dem Einbringungsakte unter bestimmten Voraussetzungen die höhere Wirkung des Eigentumsüberganges beigelegt wird. Diese Vermutung wirkt auch Dritten gegenüber (RG. 31, S. 29). Sie muß natürlich auch bei Abtretung von Forderungen Platz greifen, da nach der herrschenden Ansicht der Praxis und Theorie zu derselben die formlose Willenserklärung genügend ist (vergl. aber Krainz-Ehrenzweig, § 329, Note 11 und auch Hamburger, Perfektion der Zession, WZ. 35, S. 104). Wo sie nicht genügt, sondern ein Rechtsakt erforderlich ist, um den Eigentumsübergang zu bewirken, da versagt die Präsumtion nicht, wie das RG. a. a. O. sagt, sondern ihr Inhalt ist nur ein beschränkter: er geht dahin, daß die Gegenstände Eigentum der Gesellschaft werden sollen, und, solange dies nicht geschehen ist, ihr quoad sortem angehören sollen (vergl. § 3).

Die Einbringung ist kein Kauf und keine datio in solutum, und wenn bloß der Gebrauch überlassen wird, keine Miete, wohl aber eine Veräußerung, und zwar eine solche sui generis. Sie ist dann keine Veräußerung, aber doch eine Rechtsänderung, wenn der inferierte Gegenstand bisher im Miteigentum aller Gesellschafter gestanden hat, weil sich durch den Akt der Einbringung jeder Gesellschafter seines separaten Dispositionsrechtes über den Gegenstand zu Gunsten des Gesamtwillens begibt und so sein freies Miteigentum in gebundenes verwandelt (vergl. § 6).

b) **Für die Frage, welche Sachen vertretbar und verbrauchbar sind**, welche nicht, bleibt es bei den für das allgemeine Zivilrecht aufgestellten Lehren. Hiebei ist zu beachten, daß in den Worten „verbrauchbar oder vertretbar" das Wörtchen „oder" in disjunktivem Sinne, in den Worten „unverbrauchbar oder unvertretbar" in konjunktivem Sinne zu verstehen ist (Behrend, S. 485, Note 19; Pollitzer, S. 153; vergl. K. Adler, S. 102). § 2.

c) **Das Eigentum der Gesellschaft.** (Über diesen Begriff vergl. den Exkurs in § 6.) Es entsteht regelmäßig durch den Akt der Einbringung (vergl. § 1). Dieselbe besteht bei beweglichen Gegenständen in der Übergabe, bei Forderungen in der Zession, bei Orderpapieren im Indossament an die Gesellschaft, bei Grundstücken in der Auflassung. Letztere deshalb, weil durch § 3, Abs. 1 EinfG. zum HGB. die landesgesetzlichen Sondervorschriften über den Eigentumsübergang bei Grundstücken aufrechterhalten sind. Es soll nicht etwa mit dem vorliegenden Artikel an den Erfordernissen der Eigentumsübertragung etwas geändert werden: er entscheidet nur die Frage nach dem Illationswillen, regelt aber nicht die übrigen Voraussetzungen des Eigentumserwerbes (K. Adler, S. 103; OLG. Karlsruhe § 3.

[1]) Diese Worte: von dem Gesellschafter als solchen mußten hinzugefügt werden, nachdem K. Adler (S. 106) auch jedes Darlehen und jeden Verkauf an die Gesellschaft durch einen Sozius als Illation ansehen will, dem wir nicht beitreten können.

Digitized by Google

in GZ. 42, S. 524; Canstein, I., S. 478; Pollitzer, S. 152; Blaschke-Pitreich, S. 115; Pollitzer, Immobiliarverkehr, S. 115; Lehmann, S. 301; Randa, II., S. 123; RG. 54, S. 158). Der OGH. hat bei AdlCl. 2271 nicht das Gegenteil ausgesprochen, sondern bloß die bücherliche Umschreibung der eingebrachten Liegenschaft auf den Namen der Gesellschaft für unerheblich erachtet, sofern bloß das Verhältnis des inferierenden Gesellschafters zur Gesellschaft in Betracht kommt; der Begründung kann allerdings, soweit sie eine Berufung auf die Formlosigkeit des Gesellschaftsvertrages enthält, nicht beigepflichtet werden (§ 7 zu Art. 85).

Der Labandschen Darstellung (GZ. 31, S. 35), wonach das Wort Gesellschaftseigentum in diesem Artikel nicht im technischen Sinne zu verstehen ist, kann nicht beigepflichtet werden. Laband kommt zu seiner abweichenden Ansicht durch die Meinung, daß unter dem Einbringen das Illationsversprechen zu verstehen ist. Dann freilich würde der eingebrachte Gegenstand noch nicht Eigentum der Gesellschaft werden. Aber wenn man das Illationsversprechen von der Illation scheidet, so entsteht durch die letztere in der Tat das Eigentum der Gesellschaft (vergl. oben § 1).

Doch ist das aus den Labandschen Erörterungen als richtig zu entnehmen, daß eine sogenannte Einbringung quoad sortem auch ohne Eigentumsübergang möglich ist. Es kann sehr wohl vereinbart werden, daß über das Schicksal einer Sache, obwohl sie noch nicht der Gesellschaft zu Eigentum übertragen ist, nur die Gesellschaft entscheiden, Nutzen und Gefahr der Sache nur die Gesellschaft treffen soll, so z. B. wenn eine Aktie nicht formell auf die Gesellschaft übergegangen ist, aber als Einlage gelten soll, oder bei Grundstücken vom Tage der Übergabe und vor der Auflassung, die aus formellen oder sonstigen Gründen zur Zeit noch nicht erfolgen kann (zust. RG. 31, S. 29; RG. 50, S. 158). Auch für die gebührenrechtliche Behandlung ist bei Voraussetzung des Art. 91 eine eingebrachte Realität auch ohne grundbücherliche Umschreibung als Gesellschaftsvermögen zu behandeln (BudwF. 258).

§ 4. 2. (Abs. 2.) **Die hier aufgestellte Vermutung** ist durch Gegenbeweis zu entkräften. Sie greift nur Platz, wenn alle Gesellschafter unterschrieben haben, auch die nicht geschäftsführenden.

§ 5. **Zusatz 1. Die anderen gesetzlichen Folgen dieser Einbringung** sind in vorstehendem Artikel nicht berührt. Sie ergeben sich daraus, daß die Einbringung eine Veräußerung ist, und zwar eine Veräußerung sui generis (vergl. § 1). Da eine Veräußerung — allerdings nur eine teilweise — vorliegt, so finden die Vorschriften des ABGB. über die Folgen eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der Sache hier Anwendung (§ 922 ABGB., Randa, II., S. 125). Insbesondere haftet hienach der Inferent einer Forderung für den rechtlichen Bestand und für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (§ 1397 ABGB.). Auch im Sinne der §§ 367 und 456 ABGB. und des Art. 306 gilt die Illation als Veräußerung. Gutgläubiger Erwerb vernichtet auch hier das frühere Eigentum und frühere dingliche Rechte an dem inferierten Gegenstande, wobei jedoch zu bemerken ist, daß schon der böse Glaube des Inferenten den gutgläubigen Rechtserwerb hindert RG. 9, S. 143; näheres zu Art. 306). Nach bürgerlichem Rechte ist die Anfechtung von Gesellschaftsverträgen wegen Verletzung über die Hälfte nicht ausgeschlossen (Ofner, II., S. 118). Doch ist zu bemerken, daß wegen Art. 286

Digitized by Google

dieses Rechtsmittel keine Anwendung findet, wenn in der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages ein Handelsgeschäft liegt (näheres bei Art. 286).

Zusatz 2. Exkurs über den Begriff Eigentum der Gesellschaft. Da die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist (vergl. § 2 zu Art. 85)), so stehen die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Aktien im Eigentume der Gesellschafter. Dieses Eigentum muß den Gesellschaftern notwendigerweise nach Quoten zustehen; es gibt kein solidarisches Eigentum mehrerer; concursu partes fiunt. In der Verfügung über diese Quote ist der einzelne Gesellschafter freilich beschränkt, nicht nur gegenüber seinen Mitgesellschaftern, sondern auch gegenüber Dritten. Diese Beschränkungen des Miteigentumes pflegt man mit dem Ausdrucke „Gesamthand" zu bezeichnen. Die Rechtswirkungen der sogenannten Gesamthand beziehen sich aber nicht auf die rechtliche Zuständigkeit, sondern nur auf die Verfügungsgewalt (vergl. Heusler, Institutionen, § 52; Randa, II., S. 19; K. Adler, S. 89; Joerges, GZ. 51, S. 11ff.; Nagler, Sächs. Arch., 10, S. 723; Lehmann, HR., S. 290; Binder, GZ., 59, S. 58; Sohm, Der Gegenstand, S. 62; freilich fehlt es auch in Literatur und Judikatur nicht an Anhängern der Lehre von sogenanntem quotenlosen Eigentum, vergl. Staub [8], Anm. 27 zu § 105). Die Quoten sind im Zweifel gleich (§ 839 ABGB.). Mit der wirtschaftlichen Stellung des einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen stehen die dinglichen Quoten an den einzelnen Aktiven in keinem Zusammenhange; denn die wirtschaftliche Stellung des einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen, seine Beteiligung am Gewinn, Verlust und Liquidationserlös ist von anderen Momenten als der Höhe seiner dinglichen Quote an den einzelnen Gesellschaftsaktiven abhängig; anders als bei der schlichten Rechtsgemeinschaft sind hier ganz außerhalb des Miteigentums stehende Momente, wie Persönlichkeit, Arbeitsleistung usw., entscheidend oder mitentscheidend. Da hienach die Quoten der einzelnen Gesellschafter an den Gesellschaftsaktiven nicht in gleicher Weise wie die Eigentumsquoten an irgend einer gemeinsamen Sache, für die Verteilung des Gewinnes oder Liquidationserlöses maßgebend sind, so erhellt, daß die Höhe der Miteigentumsquote der einzelnen Gesellschafter jeder wirtschaftlichen Bedeutung entbehrt. Daraus ergibt sich aber auch die Vergeblichkeit der zahlreichen Versuche, die gemacht wurden, Eigentumsquoten an den Aktiven einer offenen Handelsgesellschaft zu ermitteln, die irgendwie die wirtschaftliche Stellung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen zum Ausdrucke bringen.[2]) § 6.

---

[2]) a) Labands Lehre (GZ. 31, S. 41), der sich eine Reihe von Schriftstellern angeschlossen hat und nach der die Eigentumsquote der Gesellschafter einem Bruche gleich sein soll, dessen Zähler das Saldo der betreffenden Gesellschafter und dessen Nenner der Gesamtwert der Gesellschaftsaktiven bildet, führt zu dem unmöglichen Ergebnisse negativer Eigentumsquoten bei Vorhandensein eines Passivsaldo (vergl. K. Adler, S. 88). Randa II, S. 19, billigt für die Fälle, daß das Saldo eines Gesellschafters nicht null oder passiv ist, die Labandsche Formel, die doch nur für alle Fälle richtig oder falsch sein kann. b) Die Ansicht, daß die Höhe der Quote dem Anteil am Gewinn entspricht (Joerges, GZ. 51, S. 68 ff.; Cosack [6], § 107, III; Lehmann, S. 290 u. a. m.) scheidet willkürlich das Verhältnis der Beteiligung am Liquidationserlös aus der Reihe der für die Bestimmung der Höhe der Eigentumsquote maßgebenden Momente aus und versagt in den Fällen, in denen der Anteil des einzelnen Gesellschafters am Gewinn durch Sachverständige zu bestimmen ist. c) An dem Labandschen Prinzipe der variablen Quoten und der Zugrundelegung des jeweiligen Aktivsaldo für die Berechnung der Quoten hält K. Adler (S. 92 ff.) fest. Er geht davon aus, daß der Saldo, der sich zu Gunsten eines Gesellschafters mit Rücksicht auf das Vorhandensein der Gesellschaftsaktiven in einem gegebenen Zeitpunkte ergibt, bei Wegfall dieser Aktiven und bei gleichbleibenden Passiven sich verringern muß; um den Betrag dieser Verringerung sei also das Vermögen des einzelnen Gesellschafters durch das Vorhandensein der Gesellschaftsaktiven vermehrt. Der Anteil des Gesellschafters an den Gesellschaftsaktiven sei nun durch einen Bruch darzustellen, dessen Zähler die Differenz zwischen dem Saldo ist, das sich beim Vorhandensein der Gesellschaftsaktiven

Digitized by Google

In gebührenrechtlicher Beziehung hat der VGH. in einer lange Zeit hindurch ständig geübten Judikatur (vergl. hiezu Lozinski, Die gesamte Rechtsprechung des VGH., S. 218) angenommen, daß das Gesellschaftsvermögen ein von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter rechtlich verschiedenes Vermögen sei (ohne übrigens direkt die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft auszusprechen) und hat daher in der Einbringung von Vermögensobjekten und Zuweisung von Vermögensobjekten an einen Gesellschafter im Falle des Ausscheidens oder der Auseinandersetzung eine Übertragung des ganzen Vermögensobjektes von dem Gesellschafter an die Gesellschaft und umgekehrt angenommen (vergl. Budw. 3233, 8376, 8048, 8594, 12.452, 14.634 u. a. m.). Im Jahre 1904 hat der VGH. diese Auffassung bezüglich beweglicher Sachen verlassen und bei BudwF. 2587, 2824 ausgesprochen, daß das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft sowenig wie das einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes als ein von dem Vermögen der Gesellschafter verschiedenes Vermögen anzusehen sei, daß daher die Einbringung von beweglichen Sachen als keine gebührenpflichtige Vermögensübertragung angesehen werden kann; ebenso nimmt der VGH. in diesen beiden Erkenntnissen bei Dissolutionen, verbunden mit Naturalteilung des Gesellschaftsvermögens keine Übertragung hinsichtlich des ganzen ungeteilten Vermögens, sondern nur eine nach TP. 3 und § 8 des Ges. vom 18. Juni 1901, RGBl. Nr. 74, zu vergebührende Teilung an. Bezüglich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Realitäten bleibt der VGH. unter Hinweis auf die positive Bestimmung der TP. 106 A, 2 bei seiner früheren Judikatur (BudwF. 2587, 2824, 3884, 1719).

Artikel 92.

Ein Gesellschafter ist nicht verpflichtet, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen.

Einleitung. **Der Artikel verneint die Verpflichtung zu höheren als den übernommenen Einlagen.** Der scheinbare Widerspruch dieser Bestimmung mit der Vorschrift des Art. 85, wonach die Haftung der Sozien nicht auf Vermögenseinlagen beschränkt ist, löst sich dadurch, daß Art. 85 die Haftung nach außen, der vorliegende Artikel das innere Verhältnis der Sozien regelt.

---

ergibt (S) und dem Betrage des Saldo, das sich beim Wegfall dieser Aktiven ergeben würde (s) und dessen Nenner der Gesamtwert der Gesellschaftsaktiven (A) ist $\left(\frac{S-s}{A}\right)$. Die Formel ist deshalb nicht zu akzeptieren, weil sie einen Schluß der Vermögensvermehrung eines Gesellschafters auf dessen Eigentumsquoten enthält, weil sie den rein obligatorischen, die Höhe des Saldo bestimmenden Momenten einen Einfluß auf die Höhe der dinglichen Eigentumsquoten zuschreibt, weil sie einen in Wirklichkeit nicht immer bestehenden wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem für die Saldofeststellung maßgebenden Maßstab der Gewinnverteilung und der Höhe der dinglichen Quoten annimmt, weil sie endlich zur Annahme von variablen, in ihrer Höhe von außerhalb des dinglichen Rechtsverkehres stehenden Tatsachen abhängigen Quoten führt. Diese Annahme verstößt zwar nicht, wie Knocke (Das Recht der Gesellschaft, S. 93) behauptet, gegen den Grundsatz, daß Miteigentumsquoten sich nur durch dingliche Rechtsakte ändern können, denn die Änderung in der Höhe der Quoten mehrerer Miteigentümer kann, vom Grundbuche abgesehen, überhaupt nur durch bloße Willenseinigung der Miteigentümer erfolgen (vergl. Diez, Die Lehre vom Miteigentum, S. 32). Es fehlt aber an einem Rechtsatze, der ausspricht, daß den Veränderungen im Saldo die gleiche Wirkung auf die Höhe der Eigentumsquoten zukommt wie einer auf eine Änderung der Quoten gerichteten Willenseinigung: Man müßte bei Unterstellung eines solchen Rechtsatzes auch bei jeder Sachgemeinschaft durch Entstehung obligatorischer Ansprüche aus dem Gemeinschaftsverhältnisse (praestationes personales usw.) eine Änderung der Eigentumsquoten annehmen; die Saldofeststellung ist ja juristisch auch nichts anderes als die Buchung gewisser derartiger Ansprüche.

Digitized by Google

1. **Der Begriff der Einlage und der Rechtsgrund der Verpflichtung zur Leistung derselben.** Einlagen sind die behufs Bildung oder Vermehrung der Gesellschaftsfonds aus dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter als solcher in das der Gesellschaft eingebrachten Vermögenswerte. Nicht bloß bares Geld (RG. 2, S. 306), aber auch nicht bloß Sachen und Rechte, sondern auch bestehende Handelsunternehmungen (vergl. § 2 zu Art. 22) können Gegenstand der Einlage bilden, abgeschätzt und gutgeschrieben werden (Behrend, § 68 zu I). Zur Leistung von Einlagen besteht nach dem HGB. eine gesetzliche Verpflichtung nicht. Die entgegenstehende landesgesetzliche Vorschrift, daß im Zweifel gleiche Einlagen zu leisten sind (§ 1184 ABGB.), ist daher für Handelsgesellschaften beseitigt. § 1.

2. **Die vertragliche Verpflichtung zur Leistung von Einlagen.** Da ohne Mittel ein Handelsgewerbe nicht geführt werden kann, so bestimmt der Gesellschaftsvertrag regelmäßig die Höhe der Einlagen. Ist dies nicht der Fall, so kann es sein, daß durch Interpretation aus dem Vertrage zu entnehmen, daß die Sozien anteilmäßig so viel einzuschießen haben, als zur Deckung der Gesellschaftsbedürfnisse gehört, oder aber, daß die Gesellschafter darüber einig waren, daß keiner von ihnen eine Einlage zu machen hat, sondern die Gesellschaftsbedürfnisse lediglich durch Kredit gedeckt werden sollen. Solche Verträge sind gültig (vergl. Behrend, § 68, Anm. 9). Läßt dagegen Wortlaut und Auslegung des Vertrages erkennen, daß die Parteien überhaupt nicht darüber einig geworden sind, wie die Mittel des zu betreibenden Gewerbes aufgebracht werden sollen, so ist ein perfekter Gesellschaftsvertrag nicht zu stande gekommen (vergl. § 1 zu Art. 90). § 2.

Die vertragliche Verpflichtung zur Leistung von Vermögenseinlagen muß jeder Gesellschafter erfüllen, und zwar rechtzeitig, das heißt sofort beim Geschäftsbeginn, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Einlagepflicht kann nicht bloß von der Gesellschaft, sondern auch von jedem einzelnen Gesellschafter eingeklagt werden (AG. Eisenach in Busch, Archiv 19, S. 257) und auch vom Prokuristen der Gesellschaft. Andrerseits bildet die Bestimmung des Vertrages über die Höhe der Einlage — und das ist Inhalt des vorstehenden Artikels — die Grenze der Verpflichtung. Auch in dieser Beziehung ist die abweichende Vorschrift des § 1189 ABGB., wonach die Erhöhung der Einlage zur Vermeidung des Ausschlusses geleistet werden muß, wenn die Erreichung des gemeinsamen Endzweckes dies erfordert, beseitigt. Gerade gegen derartige Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ist der vorliegende Artikel gerichtet (Hahn, § 2). Nach ihm begründet selbst der Umstand, daß die Gesellschaft ohne die Erhöhung der Einlage nicht länger bestehen kann, daß sie überschuldet ist, die Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage nicht (P. 178), sondern gibt höchstens einen Grund zur Auflösung der Gesellschaft nach Art. 125 ab. Hat der Gesellschafter den von ihm zugesagten Gegenstand inferiert, hat er das geleistet, was er nach dem Gesellschaftsvertrage zu leisten hatte, so berührt es ihn nicht mehr, wenn der Gegenstand untergeht. Das ist dann keine Verminderung der Einlage, sondern des Gesellschaftsvermögens. So nicht bloß, wenn er verpflichtet war, Eigentum zu übertragen, sondern auch, wenn sonst eine konkrete Sache quoad usum oder quoad sortem, aber ohne Eigentumsübertragung (vergl. §§ 1 und 3 zu Art. 91) inferiert werden sollte und vertragsmäßig inferiert worden ist (vergl. v. Hahn, § 6).

Zusatz. Der Artikel behandelt nur die Ergänzungs- und Erhöhungspflicht. **Aber auch ein einseitiges Recht, die verminderte Einlage zu ergänzen** § 3.

Digitized by Google

und zu erhöhen, hat der Gesellschafter nicht. Die Einlage bildet vielmehr die Grundlage seiner Beteiligung und es kann daher der Gesellschafter, wie er selbst nicht angehalten werden kann, seine Einlage zu erhöhen, auch einer freiwilligen Erhöhung durch die anderen Sozien widersprechen. Nur durch consensus omnium kann die Erhöhung des Gesellschaftskapitales erzielt werden (vergl. jedoch Art. 108). Darüber, daß das Kapital nicht auch vermindert werden kann, verhält sich gleichfalls Art. 108.

Artikel 93.

Für die Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben übernimmt, und für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, ist ihm die Gesellschaft verhaftet.

Von den vorgeschossenen Geldern kann er Zinsen fordern, vom Tage des geleisteten Vorschusses an gerechnet.

Für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte steht dem Gesellschafter ein Anspruch auf Vergütung nicht zu.

Einleitung. **Der Artikel normiert die Ersatzansprüche des Gesellschafters** für Auslagen, Verbindlichkeiten und Verluste (Abs. 1), Vorschüsse (Abs. 2) und Bemühungen (Abs. 3). Während Art. 92 von den Einlagen handelte, welche das Fundament seiner Beteiligung an den Erträgen der Gesellschaft bilden, sind hier Aufwendungen gemeint, welche der einzelne Gesellschafter abgesehen von seinen Einlagen macht.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Im allgemeinen** gilt für alle drei Absätze:

a) **daß die Vorschrift sich auf alle Gesellschafter bezieht**, nicht bloß die geschäftsführenden; so können z. B. die Vorschüsse, deren Abs. 2 Erwähnung tut, solche sein, welche einer der nicht geschäftsführenden Gesellschafter auf Ersuchen oder unter Billigung der geschäftsführenden geleistet hat. Ebenso kann auf Grund der Solidarhaft jeder Sozius in die Lage kommen, Gesellschaftsschulden bezahlen zu müssen. Und das ist ja eine Auslage im Sinne des Abs. 1 (vergl. § 2). Nur kann der Natur der Sache gemäß der von der Geschäftsführung ausdrücklich ausgeschlossene Gesellschafter aus der unbefugten Geschäftsführung kein unmittelbares Ersatzrecht ableiten; hier haftet die Gesellschaft nur, wenn andere Rechtsgründe vorliegen (Behrend, § 67, Anm. 7; Gorski, S. 23). Der in § 1190 ABGB. angeführte § 837 ABGB., nach welchem der Gesellschafter, der unbeauftragt Geschäfte der Gesellschaft führt, als Mandatar zu behandeln ist, ist hier nicht anwendbar, da der nicht geschäftsführende Gesellschafter gemäß Art. 99 als von der Geschäftsführung ausgeschlossen, die Besorgung der Geschäfte durch ihn daher als gegen den Willen der Gesellschaft erfolgt anzusehen ist. Ein Ersatzanspruch desselben gegen die Gesellschaft aus seiner unbefugten Geschäftsführung könnte daher nur auf § 1040 ABGB. gegründet werden;

b) **daß für haftbar erklärt ist die Gesellschaft** (das ist zwar nur im Abs. 1 bestimmt, aber auf alle drei Absätze zu beziehen). Die Gesellschaft haftet für den ganzen Betrag, ohne Abzug der eigenen Quote des Ersatzberechtigten (OAG. Dresden in Busch, Archiv 9, S. 393; RG. 31, S. 141). Solche Forderungen sind reine Gesellschaftsschulden (Canstein,

Digitized by Google

I., S. 522; AdlCl. 1622); auch wenn sie in den Büchern dem Aktivsaldo des einzelnen Gesellschafters zugeschrieben werden, sind sie von diesem, der ja während des Bestehens der Gesellschaft kein Forderungsrecht darstellt — § 5 zu Art. 106 — wesentlich verschieden (RG. 31, S. 143). Zutreffender ist es, sie besonders zu buchen (auf Separatkonto). Ob auch die Gesellschafter haften, darüber vergl. Zusatz zu Art. 112.

2. (Abs. 1.) **Die Gesellschaft haftet zunächst für Auslagen** in Gesellschafts- § 2.
angelegenheiten. Das sind alle Aufwendungen eigener Geldmittel für Rechnung der Gesellschaft, namentlich fällt darunter die Bezahlung von Gesellschaftsschulden infolge der Solidarhaft (RG. 31, S. 141, wobei es auch nur darauf ankommt, daß für die Schuld vertragsmäßig die Gesellschaft aufkommen soll; ob es auch formell eine Gesellschaftsschuld ist, ist gleichgültig), Reisekosten usw.; sie haftet dem einzelnen Gesellschafter **ferner für übernommene Verbindlichkeiten**, indem es vorkommen kann, daß ein Gesellschafter ein für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossenes Geschäft in eigenem Namen abschließt; sie haftet ihm endlich für **Verluste** durch die Geschäftsführung oder durch unvermeidliche Gefahren, worunter auch persönliche Gefahren und Verluste gehören (P. 986), so daß im Falle des eingetretenen Todes auch den Erben des Sozius ein Recht zusteht.

3. (Abs. 2.) **Zu den vorgeschossenen Geldern** gehören Darlehen und alle Aus- § 3.
lagen, wie sie zu Abs. 1 dargelegt sind. Die Zinsen betragen 6 Prozent, da Art. 287, Abs. 2, Platz greift, nicht Art. 106, Abs. 1, indem eben keine Einlage vorliegt.

4. (Abs. 3.) **Der Ausschluß der Belohnung für Bemühungen.** Die Vorschrift § 4.
bezieht sich auf alle Bemühungen, welche von einem Gesellschafter geleistet werden, er mag der geschäftsführende Sozius sein oder der von der Geschäftsführung ausgeschlossene; er mag sie vertragsmäßig übernommen haben oder nicht oder sie sogar der Not gehorchend für einen kontraktbrüchigen anderen Gesellschafter leisten (ROHG., 4, S. 379), wohl aber hätte er im letzteren Falle einen Handlungsgehilfen auf Kosten des anderen Sozius anstellen dürfen (ROHG., ebd.); die Dienste mögen endlich zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebe gehören oder nicht. Hiedurch erscheint die teilweise abweichende Vorschrift des § 1193 ABGB. beseitigt. Zunächst ist dabei an die von ihm geführte Korrespondenz, die Buchführung, die Geschäftsgänge, den Abschluß von Handelsgeschäften für die Gesellschaft, überhaupt an die Vornahme kaufmännischer Arbeit gedacht. Aber es sind auch solche Tätigkeiten nicht ausgeschlossen, welche eine besondere Kunst und Wissenschaft erfordern, es muß nur die Tätigkeit „bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte" aufgewendet sein. Der Sozius, welchem das Liquidationsgeschäft, wenn auch allein, übertragen ist, hat keinen Anspruch auf Entgelt (§ 23 zu Art. 137). Als nicht zu vergütende Arbeit wurde ferner angesehen die Tätigkeit des Technikers, welcher in ein Druckereigeschäft als Sozius eingetreten war, um Papiergeld für eine Regierung anzufertigen (ROHG. 3, S. 173, 174). Aber auch in folgenden von Hahn (§ 5) gewählten Beispielen wird eine Belohnung für die persönliche Tätigkeit nicht gefordert werden können, weil sie alle zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören und es deshalb nicht darauf ankommt, daß sie besondere Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzen: der Sozius der eine neue Maschine anschaffenden Hutfabrikationsgesellschaft, welcher die Aufstellung der Maschine und Reparaturen vornimmt; der Rechtsanwalt, der als Sozius eines Handelsgeschäftes, in dessen Betrieb er im allgemeinen nicht tätig ist und dessen

Digitized by Google

Gesellschafter er nicht mit Rücksicht auf seine juristische Qualität geworden ist, sondern etwa vielleicht durch Erbgang, einen Prozeß für die Gesellschaft führt oder Rat in einer verwickelten Rechtsangelegenheit erteilt; der Architekt errichtet als Sozius einer Handelsgesellschaft ein Fabrikshaus für dieselbe. In allen diesen Fällen liegt eine Bemühung bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte vor, und deshalb ist die aufgewandte Mühe nicht zu entschädigen, außer wenn besondere Vereinbarung vorliegt, die allerdings auch in konkludenten Umständen gefunden werden kann (vergl. Behrend, § 67, Anm. 6; Gorski, S. 24). Von anderer Seite freilich wird der Abs. 3 dahin ausgelegt, daß zu den Sozietätsgeschäften nur diejenigen zu rechnen seien, welche dem Gewerbe der Sozietät eigentümlich angehören (so Hahn, a. a. O.; ihm folgend Gareis-Fuchsberger, S. 222, Anm. 41; anscheinend auch ROHG. 3, S. 174). Für diese einengende Auslegung bietet aber die Fassung des Gesetzes keine Veranlassung. Das Gesetz spricht ganz allgemein vom Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte und umfaßt daher ausnahmslos alle Bemühungen, welche bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte geleistet werden. Ein der Gesellschaft gegebener juristischer Rat, die Aufstellung einer Maschine, der Bau eines Grundstückes, alles das kann gegebenen Falls zum Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte gehören, und eine hiebei gemachte Bemühung ist dann eben eine Bemühung im Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte.

§ 5. **Zusatz. Durch Vertrag können diese Dispositivvorschriften** (vergl. Art. 90, Abs. 2) **die mannigfachsten Änderungen erfahren**, insbesondere können besondere Belohnungen für persönliche Tätigkeit stipuliert oder auch die persönliche Tätigkeit als Vermögenseinlage fixiert werden (ROHG. 3, S. 232).

Artikel 94.

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Er haftet der Gesellschaft für den Schaden, welcher ihr durch sein Verschulden entstanden ist. Er kann gegen diesen Schaden nicht die Vorteile aufrechnen, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat.

Einleitung. **Der Artikel bestimmt das Maß der Sorgfalt, welches der Gesellschafter aufzuwenden hat** (Abs. 1), **und die Folgen der unterlassenen Sorgfalt** (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) Entgegen dem allgemeinen Grundsatze von der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Art. 282), **ist dem Sozius die diligentia quam suis** als Pflicht auferlegt. Sie ist gedacht als Milderung des abstrakten Diligenzbegriffes (P. 180), sie kann aber in Wahrheit demselben gleichstehen oder auch eine Verschärfung enthalten. Niemals wird dadurch die Haftung für grobes Versehen ausgeschlossen (Behrend, § 67, Anm. 12), aber wo es sich um culpa levis, mäßiges oder geringes Versehen in abstracto handelt, da kann sich der Gesellschafter damit entschuldigen, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger ist, doch trifft ihn der Exkulpationsbeweis (vergl. unten, § 2).

Die Vorschrift bezieht sich **auf alle „Angelegenheiten der Gesellschaft"**, weshalb die entgegenstehende landesgesetzliche Vorschrift des § 1191 in Verbindung mit § 1295 ABGB., wodurch dem Gesellschafter eine Haftung

Digitized by Google

für jedes Verschulden auferlegt wird, für das Handelsrecht beseitigt ist. Der Gesellschafter muß alle Angelegenheiten der Gesellschaft so ansehen, als seien sie seine eigenen, er darf sich daher auch keine Provision sichern bei Transaktionen, welche die Gesellschaft vornimmt (Bolze 7, Nr. 630). Die Vorschrift bezieht sich ferner auf „**jeden Gesellschafter**", also auch auf die nicht geschäftsführenden (Gorski, S. 26), doch muß es sich um eine Tätigkeit handeln, die der Gesellschafter gemäß der ihm gesellschaftlich — durch den Gesellschaftsvertrag oder durch besonderen Auftrag — übertragenen Geschäfte ausübt, während für unbefugte Handlungen das bürgerliche Recht Platz greift. Bei besonderen Aufträgen, welche einem nicht geschäftsführenden Gesellschafter erteilt werden, läßt Hahn § 3 ebenfalls die Haftung nach bürgerlichem Rechte entscheiden; es entspricht das jedoch nicht dem Wortlaute des Gesetzes und auch nicht seiner Absicht. Wer als Gesellschafter einen besonderen Auftrag erhält, von dem ist nicht mehr Sorgfalt zu erwarten, als von dem, welchem die Geschäftsführung im allgemeinen anvertraut ist. Der größere Geschäftskreis allein kann keinen Unterschied in der Haftung zur Folge haben. Das ändert sich erst, wenn eine Tätigkeit vorliegt, die der Gesellschafter nicht als Gesellschafter übernimmt, sondern durch ein besonderes Rechtsgeschäft, wie ein Fremder, wofür besonders entscheidend wird das Bedingen eines besonderen Lohnes (vergl. Behrend, § 67, Anm. 15).

Durch Vertrag kann die Vorschrift abgeändert werden, verschärft sowohl als gemildert, letzteres jedoch nicht so weit, daß auf die Folgen von Vorsatz und grobem Versehen verzichtet wird (ROHG. 2, S. 293; RG. 20, S. 116 und 193; Bolze 4, Nr. 640; 16, Nr. 292).

2. (Abs. 2.) Für schuldhafterweise verursachten Schaden **haftet der Gesellschafter, und zwar „der Gesellschaft"**, so daß der Ersatz in die Gesellschaftskasse fließt, von ihm ohne Abzug der eigenen Rate zu leisten ist, ihm aber indirekt mit zu gute kommt (vergl. Bolze 7, Nr. 630). Die Klage ist von einem vertretungsbefugten Gesellschafter zu erheben. Ob Schaden entstanden ist, richtet sich nach dem Gesamtergebnis des Geschäftes; in diesem übertragenen Sinne kann man davon sprechen, daß Vorteil und Schaden aus demselben Geschäfte zu kompensieren sind. Eine wirkliche Kompensation ist jedoch nur denkbar bei den Ergebnissen verschiedener Geschäfte, hier aber ist sie gesetzlich ausgeschlossen (ähnlich geregelt in § 1191 ABGB.). § 2.

Anlangend die Beweislast, so hat der Gesellschafter, welchem nachlässiges Verhalten nachgewiesen ist, darzutun, daß dasselbe dem in eigenen Angelegenheiten beobachteten entspricht (Förtsch, Anm. 1; Hahn, § 1, Note 1; Bolze 9, Nr. 751).

Durch die Genehmigung der Handlung seitens der Sozien fällt die Pflicht zum Schadenersatz fort; dies ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (M. 55). Doch ist nicht, wie Gareis-Fuchsberger, S. 223, Note 42, bemerken, die Genehmigung „der übrigen" Sozien, sondern nur die der geschäftsführenden erforderlich.

Artikel 95.

Ein Gesellschafter, welcher seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt, oder eingenommene Gesellschaftsgelder nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert, oder unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, ist von Rechts wegen zur Entrichtung von Zinsen seit

Digitized by Google

dem Tage verpflichtet, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Verpflichtung zum Ersatze des etwa entstandenen größeren Schadens und die übrigen rechtlichen Folgen der Handlung werden hiedurch nicht ausgeschlossen.

Einleitung. **Der Artikel normiert die Folgen einzelner Pflichtverletzungen**, indem er von Rechts wegen die Zinspflicht an sie knüpft (Abs. 1) und ferner die sonstigen Folgen solcher Handlungsweise unberührt läßt (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) Es sind **Zinsen** zu entrichten, und zwar:

a) 6 Prozent nach Art. 287, Abs. 2;

b) von Rechts wegen, also ohne Mahnung;

c) an die Gesellschaftskasse, so daß der Zahlende selbst dann partizipiert, aber auch seine eigene Rate nicht abziehen darf;

d) infolge Verzögerung der Geldeinlage, der Ablieferung von Gesellschaftsgeldern und von unbefugten Entnahmen aus der Gesellschaftskasse. Unbefugte Entnahme liegt immer vor, wenn der Gesellschafter eigenmächtig handelt, also wenn er von der Geschäftsführung oder von der Disposition über die Gesellschaftskasse ausgeschlossen ist, oder wenn er dieselbe zwar zu verwalten hat, aber über die vertragsmäßigen Grenzen hinaus Gelder zu Privatzwecken hinausnimmt, z. B. ein Darlehen entnimmt, sei es auch unter gehöriger Buchung und Zurücklassung einer Quittung oder eines Schuldscheines, oder Gewinnvorschüsse ohne vertragliches Recht, nicht jedoch, wenn er Ansprüche an die Gesellschaft hat, z. B. aus Art. 93.

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Die Verpflichtung zu höherem Schadenersatze und die sonstigen Folgen** der Verzögerung und unbefugten Entnahme sind aufrechterhalten.

a) **Die Verpflichtung zu höherem Schadenersatze** wird hienach nicht geschaffen, wie Puchelt-Förtsch, Anm. 6, und ROHG. 24, S. 48, anscheinend annehmen, sondern „nicht ausgeschlossen", sofern sie an sich gesetzlich begründet ist (ebenso Behrend, § 67). Sie ist gesetzlich nur begründet, wenn außer dem Tatbestande dieses Artikels noch ein Verschulden (subjektive mora) vorliegt (Krainz-Ehrenzweig, § 339, und dort angeführte Literatur). Liegt aber subjektive mora vor, so ist durch diesen Artikel die Bestimmung des § 1333 ABGB., daß der morose Schuldner bei Geldschulden nie mehr als die gesetzlichen Zinsen zu leisten hat, abgeändert (vergl. Saxl, S. 132). Immer ist nur der durch die Handlung der Gesellschaft verursachte Schade zu Grunde zu legen, wozu der mit den unbefugt entnommenen Geldern erzielte Gewinn nicht gehört (OAG. Dresden in GZ. 22, S. 284), es sei denn, daß dargetan würde, daß auch die Gesellschaft diesen Gewinn erzielt haben würde.

b) **Die sonstigen Folgen** sind in erster Linie die Rückzahlungspflicht, sodann möglicherweise die Auflösung der Gesellschaft (Art. 125, Z. 2, 3, 4) oder die Ausschließung. Auch können vertragsmäßig sonstige Folgen festgesetzt sein, z. B. Konventionalstrafen, über welche dann Art. 287 entscheidet. Vergl. noch den folgenden § 3 a. E.

§ 3. **Zusatz.** Der Artikel normiert, wie oben in der Einleitung hervorgehoben ist, nur die Folgen einzelner, bestimmter Pflichtverletzungen, die sich als Verzögerungen in der Pflichterfüllung und als unbefugte Verfügung über das Gesellschaftsvermögen darstellen. **Bei sonstigem Verzuge** entscheidet zunächst der vor-

Digitized by Google

liegende Artikel analog (v. Hahn, § 2; Makower; vergl. § 3 zu Art. 1); eventuell entscheidet das bürgerliche Recht, z. B. wenn es sich um andere, als Geldeinlagen, etwa um die Leistung der zugesagten Arbeitskraft handelt, oder um Ablieferung anderer Gegenstände, oder um Verzögerungen anderer Art, zum Beispiel in der Einkassierung von Geldern. Desgleichen entscheidet bei **sonstigen unbefugten Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen** in erster Linie die Analogie dieses Artikels, eventuell das Zivilrecht. Über strafrechtliche Folgen unbefugter Verfügung über Gesellschaftsvermögen vergl. Joerges, GZ. 51, S. 76.

Artikel 96.

Ein Gesellschafter darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, noch an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilnehmen.

Eine Genehmigung der Teilnahme an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft ist schon dann anzunehmen, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter an jener Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilnehme, und gleichwohl das Aufgeben der Teilnahme nicht ausdrücklich bedungen worden ist.

Einleitung

Der Artikel statuiert das Verbot des Konkurrenzbetriebes ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter (Abs. 1) und bezeichnet einen besonderen Fall der Genehmigung (Abs. 2).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Das hier aufgestellte Verbot ist ein reines Konkurrenzverbot.** Nicht die Besorgnis, der Gesellschafter könnte seine Tätigkeit der Gesellschaft entziehen oder sonst sein Privatvermögen riskieren, sondern lediglich die, er könnte die Gesellschaft in ihrer Entfaltung hindern, ist der Grund des Verbotes (vergl. § 1186 ABGB. verba: „schädliches Nebengeschäft"). Das Verbot bezieht sich:
   a) **Auf alle Gesellschafter**, gleichviel, ob sie an der Geschäftsführung teilnehmen oder nicht, ob sie Kapital einlegen oder nur ihre Arbeitskraft beisteuern, weil sie alle durch Kenntnis der Bücher und der Beziehungen der Gesellschaft ihr gefährliche Konkurrenz machen könnten (M. 55).
   b) **Auf das Geschäftemachen jeder Art**, sowohl für eigene[1]), als für fremde Rechnung, also auch als Kommissionär, Agent, Bevollmächtigter, Handlungsgehilfe, Prokurist, Vorstand einer Aktiengesellschaft; auch ist nicht Gewerbsmäßigkeit vorausgesetzt (vergl. § 2 zu Art. 56). Das Verbot bezieht sich ferner auf die Beteiligung als offener Handelsgesellschafter bei einer gleichartigen Handelsgesellschaft; dem steht gleich die Beteiligung als Komplementar bei einer einfachen oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, nicht aber die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Aktionär, weil darin wesentlich nur eine Kapitalsanlage gefunden wird (P. 988), vergl. § 2, oder als Mitglied einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft oder die Teilnahme an einer Gelegenheitsgesellschaft (AdlCl. 1612). Die Beteiligung als Kommanditist fällt nicht unter das Verbot (vergl. § 1 zu Art. 4); die Mitgliedschaft bei einer Gesellschaft mit be-

[1]) **Der Registerrichter kann selbstredend die Eintragung einer Firma nicht deshalb versagen, weil unter der Firma solche Geschäfte betrieben werden sollen, wie sie die Handelsgesellschaft, der der Eintragungswerber als Mitglied angehört, betreibt (AdlCl. 2400).**

Digitized by Google

schränkter Haftung fällt nicht darunter, wohl aber das Amt eines Geschäftsführers bei einer solchen (Puchelt-Förtsch, Anm. 1; vergl. auch § 24 GmbHG.); nach unserer Auffassung von der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 2 zu Art. 173) fällt die Zugehörigkeit zu einer solchen als Kommanditist nicht darunter.

§ 2. c) **Auf Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft.** Dieses Kriterium festzustellen, ist Sache des konkreten Falles. Vornehmlich werden entscheidend sein die Gegenstände, mit welchen die Gesellschaft in Gemäßheit des ursprünglichen oder abgeänderten Gesellschaftsvertrages handelt. Dabei wird, um nicht in die private Verfügungsfreiheit des Sozius übermäßig hinüberzugreifen, der Begriff des Geschäftemachens im Auge zu behalten sein. So z. B. wird einem Teilhaber eines Bankgeschäftes nicht jeder Aktienkauf zu verbieten sein, weil dies immer zu den Handelszweigen eines Bankgeschäftes gehöre, vielmehr wird zu unterscheiden sein, ob es sich dabei nur um Anlegung des Privatvermögens oder um Spekulationsgeschäfte handelt (vergl. Bolze 8, Nr. 543).

d) **Die Genehmigung**, welche hier vorausgesetzt ist, ist die Genehmigung aller übrigen Gesellschafter, auch die der nicht geschäftsführenden (P. 187). Wann sie vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Sie kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erteilt werden. Immer aber wird das Bekanntsein der verbotenen Tatsache erforderlich sein, das sogenannte Wissenmüssen genügt nicht (Puchelt-Förtsch, Anm. 4; vergl. § 3 zu Art. 56 und den folgenden § 3).

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Der hier vorgesehene Konsensfall ist nur ein Beispiel**, das wohl analoge Anwendung, aber kein arg. e contr. gestattet, insbesondere nicht den Schluß rechtfertigt, daß zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes als Einzelkaufmann die stillschweigende Genehmigung nicht genügt. Dieser Schluß ist selbst dadurch nicht gerechtfertigt, daß ein den stillschweigenden Konsens für diesen Fall zulassender Zwischensatz in erster Lesung vorgesehen war und später gestrichen wurde. Vielmehr entscheidet auch hier lediglich das freie richterliche Ermessen (ebenso Puchelt-Förtsch, Anm. 4; anders Makower und Canstein, I., S. 505).

§ 4. **Zusatz. Vertragsmäßig kann das Verbot** des vorliegenden Artikels **aufgehoben** oder **abgeändert**, verschärft oder gemildert, oder endlich auch **über die Zeit der Gesellschaftsdauer, beziehungsweise des Ausscheidens aus der Gesellschaft hinaus ausgedehnt werden** (RDHG. 15, S. 163; RG. 2, S. 118; RG. 53, S. 157). Das nähere über **Konkurrenzverbote** dieser Art vergl. § 2 zu Art. 59.

Artikel 97.

Ein Gesellschafter, welcher den vorstehenden Bestimmungen zuwiderhandelt, muß sich auf Verlangen der Gesellschaft gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden; auch kann die Gesellschaft statt dessen den Ersatz des entstandenen Schadens fordern; alles dieses unbeschadet des Rechtes, die Auflösung des Gesellschaftsvertrages in den geeigneten Fällen herbeizuführen.

Das Recht der Gesellschaft, in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten oder Schadenersatz zu fordern, er-

Digitized by Google

lischt nach drei Monaten von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem die Gesellschaft von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntnis erhalten hat.

Einleitung.

Der Artikel normiert die Folgen der Zuwiderhandlung gegen das im vorangehenden Artikel enthaltene Verbot in Gestalt eines Wahlrechtes zwischen Eintrittsrecht und Schadenersatz (Abs. 1) und setzt für die Ausübung desselben eine Frist fest (Abs. 2).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Die Gesellschaft hat die Wahl zwischen Eintrittsrecht und Schadenersatz,** also zwischen den beiden Rechten, welche im Art. 56 kumulativ gegeben sind.

a) **Die Ausübung des Wahlrechtes setzt einen gültigen Gesellschaftsbeschluß voraus** (Art. 103), bei dessen Fassung alle, auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter außer dem Kontravenienten mitwirken (ebenso Behrend, § 69a, Anm. 7; Lastig bei Endemann, § 88, S. 376; während Förtsch, Anm. 2, leugnet, daß hier stets ein außergewöhnliches Geschäft vorliegt). Auch wenn der Kontravenient das einzige geschäftsführende Mitglied der Gesellschaft ist, steht der Gesamtheit der anderen Gesellschafter das fragliche Recht zu (Keyßner, Note 1). Nur dann ist die Mitwirkung des Kontravenienten notwendig, wenn das Konkurrenzverbot vertragsmäßig auf Geschäfte ausgedehnt ist, die nicht zum Geschäftszweige der Gesellschaft gehören, und das verbotswidrig geschlossene Geschäft für Rechnung der Gesellschaft übernommen werden soll (Gorski, S. 58, unter Berufung auf Art. 103). Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so hat der andere allein das Wahlrecht. Nach eingetretener Liquidation steht es dem Liquidator zu, selbstverständlich nur hinsichtlich der während des Bestehens der Gesellschaft geschlossenen Separatgeschäfte (vergl. § 1 zu Art. 96); und wenn die Gesellschaft ohne Liquidation aufgelöst oder die Liquidation bereits beendet ist, so haben sich die übrigen Sozien über die Ausübung des Wahlrechtes zu verständigen.

b) **Die Geltendmachung der Rechte nach Ausübung des Wahlrechtes erfolgt durch die Gesellschaft,** nicht durch jeden Gesellschafter (anders Behrend, § 69a, Anm. 6); nach Auflösung der Gesellschaft durch den Liquidator und nach Aufhebung jeder Gemeinschaft durch die anderen Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Gesellschaftsbeteiligung.

§ 2.

c) **Die Geltendmachung des Eintrittsrechtes insbesondere** trifft nur das Verhältnis zum Sozius. Ein direktes Klagerecht gegen den Dritten ist damit nicht gegeben (näheres hierüber vergl. § 5 zu Art. 56). Es trifft auch, wie der Wortlaut ergibt, nur die Geschäfte, welche der Gesellschafter für eigene Rechnung gemacht hat, nicht die, die er für fremde Rechnung gemacht hat, auch nicht die Geschäfte, die er als Teilnehmer an einer offenen Handelsgesellschaft gemacht hat. In Fällen solcher Art ist das Wahlrecht gegenstandslos und nur das Schadenersatzrecht aktuell. Als ein für fremde Rechnung gemachtes Geschäft gilt es juristisch, wenn der socius gerens sich für eine Transaktion der Gesellschaft Provision ausbedingt. Doch ist dies schon aus anderem Gesichtspunkte unzulässig und verpflichtet zum Schadenersatz, dessen Höhe sich allerdings in der Regel mit dem Provisionsbetrage decken wird. Ist dies der Fall, so hat er denselben an die Gesellschaftskasse zu zahlen, eventuell an den Sozius, der das Geschäft mit Aktiven übernommen hat, und ohne Abzug der eigenen Rate (vergl. den Fall in Bolze 7, Nr. 630, und § 1 zu

Digitized by Google

Art. 94). Daß die solchergestalt erzielte Provision als solche von der Gesellschaft nicht beansprucht werden kann, darüber vergl. den folgenden § 3. Ob ein Vermittlungsgeschäft ein für fremde Rechnung gemachtes ist, darüber siehe § 5 zu Art. 56. Der Dritte muß jedenfalls abwarten, bis die Gesellschaft ihm gegenüber das Eintrittsrecht geltend macht, und kann sich dadurch, daß er vorher der Gesellschaft direkt leistet, nicht von seiner Verpflichtung gegen den mit ihm kontrahierenden Sozius befreien (AdlCl. 1442; vergl. auch AdlCl. 1963).

§ 3. d) **Die Geltendmachung des Schadenersatzes insbesondere** erfolgt durch eine Klage auf Zahlung an die Gesellschaftskasse, und zwar des vollen Betrages, ohne Abzug der eigenen Rate. Der Schade muß hier, wie immer, ursächlich sein; er besteht nicht etwa in dem Gewinn, den der Sozius erzielt hat, wenn auch die Übernahme des Geschäftes diesen Erfolg haben kann (vergl. § 4 zu Art. 56). Die Klageerhebung steht dem vertretungsbefugten Gesellschafter zu.

§ 4. 2. (Abs. 2.) **Die hier aufgestellte Frist** ist keine Verjährungsfrist mit ihren möglichen Unterbrechungen, sondern eine Präklusivfrist (P. 190). Sie bewirkt ein Erlöschen des Rechtes, nicht bloß des Wahlrechtes (anders Behrend, § 69a, Anm. 8); übereinstimmend Dernburg, Preußisches Privatrecht, 2, § 219, Anm. 13; Förtsch, Anm. 7). Wenn nur das Wahlrecht erlösche, so wäre nicht ersichtlich, welches von beiden Rechten nach Ablauf der Frist geltend gemacht werden könnte. Wenn Behrend meint: das Recht auf Schadenersatz, so ist dies willkürlich.

Die Kenntnis der Gesellschaft, mit welcher die Frist beginnt, ist vorhanden, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter sie erlangt hat (Hahn, § 4), und sei es auch ein solcher, der nur gemeinsam mit einem anderen handeln kann, weil er in diesem Falle wegen Gefahr im Verzuge allein handeln kann (Art. 100, Abs. 1; Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 349; Gorski, S. 62; anders Behrend, § 69a, Anm. 9, welcher die Kenntnis aller übrigen Gesellschafter fordert).

§ 5. **Zusatz 1. Außer den beiden hier erwähnten alternativen Rechten bestehen noch folgende Rechte:**

a) **Die Klage auf Unterlassung pro futuro.** Sie ist gegeben, wenn der Sozius bereits Sondergeschäfte abgeschlossen hat (ROHG. 19, S. 136; Hahn, § 3), und kann gerichtet werden auf Schließung des Konkurrenzgeschäftes (vergl. ROHG. ebd.; Busch, 1, S. 281), beziehungsweise auf Austritt aus der konkurrenztreibenden offenen Handelsgesellschaft (Puchelt, Anm. 4). Aber auch ohne jene Voraussetzungen ist sie gemäß § 228 ZPO. als Feststellungsklage denkbar, wenn der Sozius sich anschickt, den Bestimmungen des Art. 96 zuwiderzuhandeln (übereinstimmend Makower).

b) **Der Anspruch auf Rechnungslegung** (Bolze 8, Nr. 543).

§ 6. **Zusatz 2. Dagegen ist eine weitere Folge an die Übertretung des Verbotes nicht geknüpft. Die Geschäfte bleiben gültig** (AdlCl. 1612; Voigtel bei Busch, Archiv 5, S. 12), und es begründen die Vorschriften der Art. 96 und 97 auch keine Vermutung dafür, daß der Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abgeschlossen habe (ROHG. 18, S. 227).

Artikel 98.

Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen.

Digitized by Google

Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteile beteiligt oder seinen Anteil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte; er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt.

Einleitung. **Der Artikel erklärt die einseitige Aufnahme eines Dritten als Mitgliedes in die Gesellschaft für unzulässig** (Abs. 1) und betont, daß eine einseitige Abtretung des Gesellschaftsanteiles oder eine Unterbeteiligung an demselben Rechte gegen die Gesellschaft nicht begründet (Abs. 2). Die Gründe dieser Bestimmung sind, daß die offene Handelsgesellschaft auf der Individualität der Mitglieder beruht und daß man Pflichten nicht zedieren kann.

1. (Abs. 1.) **Die Aufnahme ist zulässig, wenn die anderen Sozien, auch die nicht geschäftsführenden, einwilligen.** § 1.
   a) **Über die Voraussetzungen der Einwilligung** entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Sie braucht insbesondere nur dem Abtretenden gegenüber erklärt zu werden (ROHG. 17, S. 354), kann auch nachträglich und auch im voraus erklärt werden (vergl. unten § 6). § 2.
   b) **Nur mit der Zulässigkeit der Aufnahme eines offenen Gesellschafters** beschäftigt sich der Artikel (vergl. § 1186 ABGB.). Ein **stiller Gesellschafter** kann zwar gleichfalls nicht ohne Zustimmung aller Gesellschafter aufgenommen werden, jedoch nicht wegen dieses Artikels, wie das ROHG. 13, S. 64, annimmt, sondern wegen Art. 103 (Lastig bei Endemann 1, § 89; vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 378, Note 18). Das gleiche gilt von der Aufnahme eines **Kommanditisten** (RG. 52, S. 163). § 3.
   c) **Auch zur Ausübung seiner Vertretungsrechte** kann der Sozius keinen Dritten bestellen, mit Wirksamkeit nach außen überhaupt nicht, weil das Recht „den Begriff eines Vertreters des Handelsgesellschafters in Betreff seiner Stellung nach außen nicht kennt" (RG. 2, S. 32), nach innen nur mit Einwilligung der übrigen Gesellschafter. § 4.
2. (Abs. 2.) **Die Unterbeteiligung und Anteilsabtretung** gewähren keine Rechte gegen die Gesellschaft. § 5.
   a) **Die Unterbeteiligung.** Sie bedeutet, daß der Gesellschafter sich einem Dritten vertragsmäßig verpflichtet, demselben von den Früchten seiner Beteiligung (Zinsen und Gewinn) einen Anteil abzugeben, sei es, daß ihm dieser Dritte hiefür ein fixes Äquivalent leistet oder sich als Gegenleistung verpflichtet, ihm die Lasten der Beteiligung, den Verlustanteil tragen zu helfen, oder auch aus Liberalität. **Eine solche Unterbeteiligung gewährt,** was der Artikel hervorhebt, **keinerlei Rechte gegen die Gesellschaft.** Socius mei socii socius meus non est (L. 47, § 1 dig. de R. J.). Sie gewährt auch nach eingetretener Liquidation keine Gesellschaftsansprüche, insbesondere nicht auf Rechnungslegung (Str. Arch. 83, S. 120). Die Rechte gegenüber dem kontrahierenden Sozius richten sich nach dem Verhältnisse, welches der Unterbeteiligung zu Grunde liegt (Krainz-Ehrenzweig a. a. O.). Die Rechenschaftspflicht insbesondere findet ihre naturgemäße Grenze in der Verschwiegenheitspflicht, welche dem Sozius gegenüber der offenen Handelsgesellschaft obliegt. Das ROHG. (23, S. 120) erachtet den Sozius lediglich für verpflichtet, die allgemeinen Resultate der Jahresbilanz und die gemäß Art. 106 aufgelegte Jahsresabrechnung offen zu legen. Unter Umständen kann aber auch dies schon bedenklich erscheinen, wenn es auch im allgemeinen die richtige Grenze kennzeichnet.

Digitized by Google

§ 6. b) **Die Übertragung der Gesellschaftsrechte.**

a) Übertragbar sind die Ansprüche auf Zinsen, Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben, das sind die Ansprüche, deren Pfändbarkeit in Art. 119 ausdrücklich zugelassen ist, sich übrigens aus allgemeinen Grundsätzen ergeben würde (vergl. hiezu Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechtes, Arch. Bürg. R. 28, S. 263ff., Ohmeyer, Exekution auf Anteilsrechte, GZ., 1901, S. 180)). Oft wird unrichtig die Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben als „Anteil" am Gesellschaftsvermögen bezeichnet (vergl. Art. 132, § 200, Z. 2 KO.).[1])

Es liegt also die richtige Zession eines Forderungsrechtes vor (RG. 18, S. 43). Sie ist auch möglich, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, und zur Zeit keinen Gewinn bringt (ROHG. 5, S. 70), und auch wenn der Gesellschafter zur Zeit kein buchmäßiges Guthaben hat.

Da bloß die Übertragung eines Forderungsrechtes vorliegt, so unterliegt die Übertragung auch dann nicht der Immobiliargebühr, wenn sich im Gesellschaftsvermögen Realitäten befinden. Der vorliegende Artikel drückt sich nicht korrekt aus, wenn er sagt, daß der Zessionar gegen die Gesellschaft „keine" Rechte erlangt. Nicht abtretungsfähig sind allerdings die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte oder, wie Goldschmidt (System, 4. Aufl., S. 134) sie nennen würde, die Mitverwaltungsrechte; der Anteilserwerber hat kein Recht auf Geschäftsführung, keinen Anspruch darauf, daß die anderen Sozien persönlich tätig sind, kein Recht auf Rechnungslegung gegen die anderen Sozien (vergl. auch RG. vom 10. Oktober 1892 im Sächsischen Archiv 2, S. 709). Diese an sich zedierbaren Ansprüche können auch nach geschehener Zession direkt gegen die Gesellschaft nur geltend gemacht werden, nachdem die Bedingungen ihrer Existenz und Fälligkeit eingetreten sind. Dagegen kann auch nach der Zession und vor dem Eintritt der Fälligkeit der Gesellschafter die Bedingungen der Existenz und Fälligkeit mit Wirkung für die Gesellschaft ändern, sei es durch die Art, wie er seine Gesellschaftsrechte und Pflichten ausübt, sei es durch Vereinbarungen mit den übrigen Gesellschaftern; denn auch das Treffen solcher Vereinbarungen ist ein gesellschaftliches Herrschaftsrecht, dessen er sich mit Rechtswirkung gegen die Gesellschaft nicht begeben kann. Ob der zedierende Gesellschafter seinem Zessionar durch solche Vereinbarungen verantwortlich wird, ist eine andere Frage.

Es stehen aber dem Anteilserwerber auch dort, wo er direkte Rechte gegen die Gesellschaft nicht erwirbt, Rechte gegen den Zedenten zu, zunächst deshalb, weil er zwar nur Geldansprüche erworben hat, aber vom Veräußerer in die Lage gesetzt werden muß, sie auszuüben, und dies ohne Auskunft über die Geschäftslage nicht kann. Andrerseits aber wird der Umfang der dem zedierenden Sozius obliegenden Auskunftspflicht begrenzt durch seine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Gesellschaft (vergl. § 5). Welche Rechte sonst der Erwerber gegen den Veräußerer hat, bestimmt sich nach

[1]) Die Ausdrücke „Geschäftsanteil" und „Gesellschaftsanteil" werden in verschiedener Bedeutung gebraucht, man versteht darunter einmal den dinglichen Anteil am gesellschaftlichen Unternehmen und an den Gesellschaftsaktiven, dann den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 200 KO) und endlich auch den jeweiligen Betrag des Aktivsaldo (Art. 106); vergl. BudwF. 441.

Digitized by Google

dem Abtretungsvertrage. Der Zedent wird im allgemeinen seinem Zessionar gegenüber für verpflichtet erachtet werden müssen, innerhalb der Gesellschaft seine Gesellschaftsrechte und Pflichten gehörig auszuüben, so namentlich die Rechte auf Auflösung, damit das Auseinandersetzungsguthaben existent werde.

Auch geht ein solcher Zessionar späteren Zessionaren und insbesondere dem Exekutionsgläubiger nach Art. 126 vor. Zwar hat er nicht das diesem zustehende Recht auf Auflösung der Sozietät, und es ist der Exekutionsgläubiger durch eine frühere Zession nicht gehindert, die Auflösung zu betreiben, aber bei der Auskehrung des Geschäftsguthabens geht der vorangehende Zessionar vor.

Die Wirkung einer Vereinbarung, daß der Gesellschafter die an sich abtretungsfähigen Rechte nicht abtreten darf, hängt daran, welche Wirkung man einem pactum, dem non cedendo gegen Dritte beilegt (vergl. Hasenöhrl, II., S. 183).

β) Unübertragbar sind die einzelnen gesellschaftlichen Herrschafts- oder Mitverwaltungsrechte (vergl. Goldschmidt, System, 4. Aufl., S. 134), die dinglichen Anteile an den einzelnen Gesellschaftsaktiven (vergl. § 6 zu Art. 91) und der Anteil am gesellschaftlichen Unternehmen; der Erwerb eines Anteiles am gesellschaftlichen Unternehmen würde ja den Erwerber zum Gesellschafter machen. Mit Zustimmung der Gesellschafter ist auch eine solche Übertragung zulässig und diese Zustimmung kann auch im voraus erteilt werden. Gegen die Zulässigkeit einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß jeder Gesellschafter seinen Anteil am Geschäfte an einen beliebigen Dritten übertragen kann, spricht kein Bedenken. Was bei der Reederei von Rechts wegen eintritt wird wohl bei der Gemeinschaft bezüglich eines Handelsgeschäftes wirksam vereinbart werden können (so auch: Obertrib. Berlin bei GZ. 15, S. 219, und bei Busch 23, S. 244, Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 439, N. 1, Joerges, GZ. 51, S. 75, Sohm, Der Gegenstand, S. 68, N. 8; a. M. Behrend, § 67, N. 16, Staub [8], Anm. 18 zu § 109). Hier handelt es sich nicht um die Übertragung einer Forderung, sondern um die Übertragung des dinglichen Anteiles an dem gesellschaftlichen Unternehmen und den übrigen Aktiven des Gesellschaftsvermögens (richtig Obertrib. Berlin bei GZ. 15, S. 215, unrichtig RG. 18, S. 93: Die Übertragung des Anteiles an einem gemeinschaftlichen Geschäfte ist für „ihre rechtsgeschäftliche Behandlung als Forderungsübertragung anzusehen"). § 7.

Artikel 99.[1])

Wenn die Geschäftsführung in dem Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren der Gesellschafter übertragen ist, so schließen diese die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung aus; sie sind berechtigt, ungeachtet des Widerspruches der übrigen Gesellschafter, alle Handlungen vorzunehmen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

[1]) Literatur: Gorski, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft, Wien 1888.

Digitized by Google

Einleitung. **Der Artikel behandelt die Wirkung der Übertragung der Geschäftsführung an einen oder mehrere Gesellschafter.** Logischer und übersichtlicher wäre es gewesen, das in Art. 102 enthaltene Prinzip, wonach gesetzlich jeder Gesellschafter das Recht und die Pflicht hat, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, voranzustellen, und alsdann die Ausnahmen zu behandeln, in welchen Recht und Pflicht der Geschäftsführung beschränkt wird. In vorstehendem Artikel bedürfen folgende Begriffe der Erläuterung.

§ 1. 1. **Die Geschäftsführung.** Das Wort ist gebraucht zum Unterschiede von der Vertretung, welche nach dem Sprachgebrauche des Gesetzbuches das Verhältnis nach außen kennzeichnet (Art. 114ff.). Hier ist nur von dem Verhältnis nach innen die Rede. Zwar ist nach innen durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung meist denselben Sozien übertragen, denen die Vertretung nach außen obliegt. Aber begrifflich ist beides verschieden, und auch tatsächlich fällt beides nicht immer zusammen. So kann einem Sozius, ohne daß ihm die Vertretungsbefugnis registerlich entzogen ist, durch Vertrag aufgegeben sein, sich der Geschäftsführung zu enthalten. Oder es kann umgekehrt ein Sozius mit Führung von Geschäften betraut sein, der von der Vertretung ausgeschlossen ist. In letzterer Beziehung wird es sich dann meist um technische Verrichtungen handeln (Buchführung, Prüfung von Material usw.). Doch kann ihm auch ein Geschäftszweig übertragen sein, der mit Rechtsgeschäften verbunden ist, alsdann gilt er aber trotz der entgegenstehenden Eintragung voll und ganz für vertretungsberechtigt, weil es eine beschränkte Vertretungsbefugnis nicht gibt (vergl. Art. 116; Puchelt, Anm. 2).

§ 2. 2. **Die Übertragung der Geschäftsführung an einen oder mehrere Gesellschafter** kann in dem Gesellschaftsvertrage, wie der Artikel besagt, also nicht bloß in dem Gründungsvertrage, sondern auch in einem Nachtragsvertrage erfolgen, welcher letztere auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden kann (vergl. über den Begriff Gesellschaftsvertrag § 1 zu Art. 90). Immer aber muß es sich um einen Rechtsakt handeln, durch welchen die Geschäftsführung als Recht eingeräumt werden soll. Zu unterscheiden hievon sind Rechtsakte, aus welchen nur der mandatsmäßige, widerrufliche Übertragungswille hervorgeht — daß in späteren Abreden präsumtiv dieser Wille liege, geht aus dem Gesetze nicht hervor — sowie die bloße tatsächliche Übung in der Arbeitseinteilung (Hahn, § 5: Zweckmäßiges Arrangement der Geschäftsführung ist zu unterscheiden von unwiderruflicher Organisation der Gesellschaft).

§ 3. 3. **Die Wirkungen der Übertragung** sind nach vorstehendem Artikel zweierlei.

a) **Die übrigen Gesellschafter sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen.** Es ist zu beachten, daß hier, anders, als in Art. 115, schon die Übertragung an einen oder mehrere Gesellschafter die anderen ausschließt (Blaschke-Pitreich, S. 125). Dieser Ausschluß von der Geschäftsführung bewirkt aber nicht etwa eine Befreiung von allen gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere bleibt bestehen die Pflicht zur Verschwiegenheit; eine Pflicht zur Ratserteilung haben die Ausgeschlossenen nicht, aber wenn sie Rat erteilen, so haben sie die gesetzlich vorgeschriebene Diligenz zu prästieren (Art. 94). Von der Geschäftsführung ausgeschlossen können übrigens auch alle Gesellschafter werden, sie betrauen dann eine dritte Person mit der Geschäftsführung (vergl. hinsichtlich der Vertretung Art. 86 zu Nr. 4).

§ 4. b) **Die geschäftsführenden Sozien dürfen alle Geschäfte vornehmen, die zum gewöhnlichen Betriebe gehören.** Über die außergewöhnlichen Ge-

Digitized by Google

schäfte bestimmt Art. 103. Hier wie in Art. 102 entspricht, wenn auch nur von der Berechtigung die Rede ist, dem Rechte auch die Pflicht: **sie sind auch verpflichtet zur Geschäftsführung** (Behrend, § 69, Anm. 13; Gorski, S. 10, Note 1), können sonst auf Leistung der Dienste verklagt werden und haften auf Schadenersatz wegen Säumnis und Weigerung, insbesondere bei Beschaffung von Ersatzkräften. Für die Folgen ihrer Handlungen stehen sie ein, haften nach Art. 94 für diligentia quam suis und haben endlich die Verpflichtung zur Rechnungslegung. Über letztere vergl. § 4 zu Art. 105.

Artikel 100.

Wenn die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern mit der ausdrücklichen Beschränkung übertragen ist, daß einer nicht ohne den anderen handeln könne, so darf keiner allein Geschäfte vornehmen, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist.

Ist hingegen mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung ohne diese ausdrückliche Beschränkung übertragen, so darf jeder derselben allein alle zur Geschäftsführung gehörenden Handlungen vornehmen. Jedoch muß, wenn einer unter ihnen gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch erhebt, dieselbe unterbleiben.

Einleitung.

Der Artikel scheidet die in Art. 99 vorgesehene Übertragung der Geschäftsführung an mehrere Gesellschafter in zwei Arten: Geschäftsführung samt und sonders, das heißt so, daß die mehreren Gesellschafter nur gemeinsam handeln können (Abs. 1), **und die Geschäftsführung samt oder sonders**, das heißt so, daß jeder von ihnen selbständig handeln kann (Abs. 2).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Die Befugnis zur Geschäftsführung samt und sonders oder Kollektivgeschäftsführung.** Sie ist wohl zu unterscheiden von der Kollektivvertretung. Von letzterer handelt Art. 115 und Art. 86, Nr. 4. Sie betrifft das Verhältnis nach außen, der vorstehende Artikel aber, wie überhaupt die von der Geschäftsführung handelnden, nur das Verhältnis nach innen (vergl. § 1 zu Art. 99). Für die Kollektivgeschäftsführung spricht nicht die Vermutung, weil sie eine weitere Beschränkung des in Art. 102 aufgestellten Prinzipes, des Rechtes aller Sozien zur Geschäftsführung, enthält. Ist daher mehreren Sozien die Geschäftsführung ohne nähere Bezeichnung übertragen, so liegt Geschäftsführung nach Abs. 2 vor. Von der Kollektivvertretung unterscheidet sich die Kollektivgeschäftsführung auch dadurch, daß die letztere zum eigenmächtigen Handeln bei Gefahr im Verzuge ermächtigt, die Kollektivvertretung nicht. Der Dritte kann sich daher auf diesen Artikel nicht berufen, wenn ein nur kollektivvertretungsberechtigter Gesellschafter wegen Gefahr im Verzuge eigenmächtig gehandelt hat (Behrend, § 69, Anm. 7, und § 72, Anm. 12). Gefahr im Verzuge liegt nur vor, wenn ein wirklicher Schaden auf dem Spiele steht, nicht schon dann, wenn der Verlust eines Gewinnes zu befürchten ist (P. 194; Gorski, S. 74). Auch bei Gefahr im Verzuge muß wenigstens der Versuch gemacht werden, sich der Zustimmung der anderen Sozien zu vergewissern, es sei denn, daß dieser Versuch von vornherein aussichtlos ist; kann er die Zustimmung aller Sozien nicht erlangen, so muß er doch möglichst viele Zustimmungen zu erlangen bemüht sein; sonst macht er sich verantwortlich (Hahn, § 3; HAG. Nürnberg in

Digitized by Google

GZ. 21, S. 526; ROHG. 20, S. 247). Liegt Gefahr nicht vor, so ist unbedingt die Zustimmung der anderen Sozien erforderlich und nicht etwa entbehrlich, wenn dieselben abwesend oder krank sind und ihre Zustimmung daher nicht zu erreichen ist; vielmehr muß alsdann das Geschäft unterbleiben. Auch handelt es sich hier überall nur um gewöhnliche Geschäfte, für außergewöhnliche ist ein gemeinsamer Beschluß aller Sozien, auch der nicht geschäftsführenden, erforderlich (Art. 103).

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Die Geschäftsführung samt oder sonders** liegt vor, wenn die Beschränkung des Abs. 1 nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Sie begründet ein Verhältnis unter den geschäftsführenden Gesellschaftern, welches dem aller Sozien gleichsteht, wenn keinem von ihnen die Geschäftsführung besonders übertragen ist. Jeder von ihnen ist zur Führung der — selbstverständlich nur gewöhnlichen (Art. 103) — Geschäfte befugt, doch ist jeder andere geschäftsführende Sozius zum Widerspruche befugt (über den Widerspruch vergl. § 2 zu Art. 102). Die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter haben auch kein Widerspruchsrecht, nur ist ihre Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften erforderlich (Art. 103).

§ 3. **Zusatz.** Die Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auch mit der Beschränkung übertragen werden, daß er sie nur im Vereine mit einem Nichtgesellschafter ausüben dürfe (Hahn, § 2), die Vertretungsbefugnis kann in dieser Weise nicht erteilt werden (vergl. § 2 zu Art. 86).

Artikel 101.

Die im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschaftern geschehene Übertragung der Geschäftsführung kann, solange die Gesellschaft dauert, nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden.

Die Beurteilung, ob eine rechtmäßige Ursache vorliege, bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.

Der Widerruf kann insbesondere in den im Art. 125, Z. 2 bis 5, bezeichneten Fällen für begründet erklärt werden.

Einleitung. **Der Artikel ordnet die Frage nach der Widerruflichkeit der in den Art. 99 und 100 vorgesehenen Übertragung der Geschäftsführung** an einen oder mehrere Gesellschafter. Er lehnt die Widerruflichkeit regelmäßig ab, läßt den Widerruf vielmehr nur bei rechtmäßiger Ursache zu (Abs. 1) und überläßt die Prüfung der Rechtmäßigkeit dem freien richterlichen Ermessen (Abs. 2), für welches er nur durch den Hinweis auf Art. 125, Nr. 2 bis 5 einen Anhalt bietet (Abs. 3).

Der Erläuterung bedürfen folgende Punkte:

§ 1. 1. **Voraussetzung des Widerrufes** ist ein in Art. 99, bezw. 100 vorgesehener Fall, das heißt es muß im Gesellschaftsvertrage oder in späterer bindender Abrede (vergl. § 2 zu Art. 99) einem oder mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung besonders übertragen sein. Der Artikel ist nicht anwendbar auf den Regelfall des Art. 102, in welchem über die Geschäftsführung nichts besonderes bestimmt ist (zust. Merfeld in GZ 41, S. 76; Lebrecht bei Gruchot 37, S. 872; Hahn; Förtsch, Anm. 5; Canstein I., S. 536; dagegen Geiger in GZ. 39, S. 435; Plathner bei Gruchot 37, S. 68; Gorski, S. 94).[1] In Fällen der letzteren Art

[1] Nach § 117 d. HGB. kann dem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung durch Richterspruch entzogen werden.

Digitized by Google

ist nur Auflösung oder Ausschließung möglich (wegen einstweiliger Verfügung auf Entziehung der Geschäftsführung, vergl. § 1 zu Art. 102). Auch der Fall der Kollektivgeschäftsführung aller Gesellschafter fällt nicht unter diesen Artikel. Liegt bloß mandatsmäßige Übertragung der Geschäftsführung vor (vergl. § 2 zu Art. 99), so ist der Widerruf ohneweiters zulässig (Bolze 2, Nr. 1095).

2. **Gegenstand des Widerrufes** ist das vertragsmäßig übertragene Recht zur Geschäftsführung, nicht die Vertretungsbefugnis (ROHG. 1, S. 27; über den Unterschied beider vergl. § 1 zu Art. 99). Für die Vertretungsbefugnis ist die gleiche Frage in § 2 zu Art. 115 behandelt. § 2.

3. **Die Geltendmachung des Widerrufes** erfolgt durch jeden Gesellschafter mittels einer gegen alle widersprechenden Gesellschafter gerichteten **Klage** (Blaschke-Pitreich, S. 122; Gorski, S. 101). Die Klage richtet sich nicht bloß gegen den Gesellschafter, dessen Geschäftsführungsrecht beseitigt werden soll, und wird daher nicht gegenstandslos, wenn sich derselbe dem Widerrufe unterwirft (vergl. Puchelt, Anm. 6). Das Urteil hat deklarative Bedeutung (Plathner a. a. O.; Gorski, S. 97; Randa, II., S. 131). Mit der Klage kann ein Antrag auf **einstweilige Verfügung** im Sinne des § 381, Z. 2 EO. verbunden werden, durch welche die Geschäftsführung provisorisch (als antizipierte Vollstreckung) entzogen werden kann ROHG. 16, S. 72; RG. 22, S. 170; Rintelen, Die einstweilige Verfügung, S. 198). Die dem Antrage stattgebende einstweilige Verfügung ist nicht zur Eintragung ins Handelsregister geeignet, weil sie sich nicht auf die Vertretungsbefugnis nach außen bezieht (über den Unterschied zwischen Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis vergl. § 1 zu Art. 99). Durch Auflösung der Gesellschaft ist die Geschäftsführungsbefugnis ohneweiters erloschen. Dies folgt zwar schon aus Art. 133, ist aber hier noch besonders hervorgehoben durch die Worte: „solange die Gesellschaft dauert". § 3.

4. **Die Wirkung des Widerrufes** ist mit Merfeld (in GZ. 41, S. 81) und teilweise abweichend von der 1. Auflage unseres Kommentars dahin festzustellen, daß durch den Widerruf die besondere Übertragung der Geschäfte an einen Gesellschafter in Wegfall kommt und deshalb, wie wenn eine solche Übertragung nicht stattgefunden hätte, sämtliche Gesellschafter gemäß Art. 102 zur Geschäftsführung befugt sind. Der Widerruf der Übertragung kann nur ein einheitlicher sein (anders Lebrecht bei Gruchot, S. 881). Betrifft der Widerrufungsgrund nur einen Gesellschafter, so ist vom Richter zu ermessen, ob er den Widerruf der Geschäftsführungsübertragung rechtfertigt oder nicht. § 4.

5. **Auf die Widerruflichkeit kann durch Vertrag verzichtet werden** (Art. 90). Alsdann bleibt nur Ausschließung oder Auflösung übrig (Gorski, S. 102). Durch einstweilige Verfügung jedoch kann auch in diesem Falle die Geschäftsführung provisorisch entzogen werden (vergl. § 1b zu Art. 102). § 5.

Zusatz. Das Gesetz sieht bloß ein gegen den geschäftsführenden Gesellschafter gerichtetes Widerrufsrecht vor, **ihm selbst ist ein** Rücktrittsrecht auch aus rechtmäßiger Ursache nicht gegeben, wenn ihm die Geschäftsführung auf Grund des Gesetzes zusteht. Bei vertragsmäßig überlassener Geschäftsführung wird man dem Gesellschafter unter analoger Anwendung der Vorschriften über den Bevollmächtigungs- und Dienstvertrag ein Rücktrittsrecht aus rechtmäßiger Ursache zugestehen müssen. § 6.

Digitized by Google

Artikel 102.

Wenn im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung nicht einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, so sind alle Gesellschafter zum Betriebe der Geschäfte der Gesellschaft gleichmäßig berechtigt und verpflichtet.

Erhebt ein Gesellschafter gegen die Vornahme einer Handlung Widerspruch, so muß dieselbe unterbleiben.

Einleitung. **Der Artikel stellt das Prinzip auf, daß gesetzlich alle Gesellschafter gleichmäßig zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet** (Abs. 1), **jeder Gesellschafter aber zum Widerspruche berechtigt ist** (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) Es ist dabei vorausgesetzt, daß der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung nicht einem oder mehreren Gesellschaftern überträgt oder daß er sie in Bestätigung der gesetzlichen Vorschrift allen Sozien überträgt (vergl. Merfeld in GZ. 41, S. 88).

a) **Die hier vorgesehene Geschäftsführungsbefugnis ermächtigt jeden Sozius zu selbständigem Handeln,** jedoch nur, soweit es sich um den gewöhnlichen Betrieb handelt (Art. 103); keineswegs hat er wegen des Abs. 2 die Verpflichtung, sich bei jeder einzelnen Handlung der Zustimmung der anderen Sozien zu vergewissern (P. 202; Blaschke-Pitreich, S. 123).

b) **Die hier vorgesehene Geschäftsführungsbefugnis ist nicht widerruflich,** wie die Spezialübertragung des Art. 99 (vergl. § 1 zu Art. 101). Unrichtig OLG. Braunschweig in GZ. 37, S. 536. Dort ist die Widerruflichkeit aus erheblichen, den Auflösungsgründen ähnlichen Ursachen nur deshalb angenommen, weil die Vorschriften über die Geschäftsführung dispositive seien. Allein auch vertragliche Privatdispositionen können nicht einseitig widerrufen werden, selbst beim Vorliegen erheblich erscheinender Gründe, außer in den gesetzlich fixierten Fällen. Doch kann bei Gelegenheit eines Rechtsstreites wegen Auflösung oder Ausschließung der Richter durch einstweilige Verfügung auch in Fällen des vorliegenden Artikels die Geschäftsführung provisorisch entziehen, nach seinem Ermessen auch allen Sozien (vergl. Behrend, § 69, Anm. 10; Förtsch, Anm. 2; vergl. auch in unserem Kommentar § 3 zu Art. 101). § 381, Z. 2 EO. kann auch hier angewendet werden; denn durch die in Rede stehende Verfügung wird vorläufig der Zustand geschaffen, den der Kläger durch Geltendmachung des Hauptanspruches, des Anspruches auf Auflösung der Gesellschaft, bewirken will.

c) **Neben dem Rechte ist hier auch ausdrücklich die Geschäftsführungspflicht** ausgesprochen. Ihre Verletzung hat Schadenersatzpflicht nach Art. 94, in geeigneten Fällen auch Auflösung oder Ausschließung nach Art. 125 und 128 zur Folge.

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Umfang und Wirkung des jedem Gesellschafter zustehenden Widerspruches.**

a) **Der Umfang.** Durch seinen Widerspruch kann jeder Sozius die Vornahme jeder Handlung verhindern, auch der einfachsten und dringendsten, selbst solcher, bei denen Gefahr im Verzuge, und solcher, zu welchen die Gesellschaft rechtlich verpflichtet ist, wie Zahlung und Lieferung schuldiger Leistungen. Doch muß er vor der Vornahme der Handlung erhoben sein, er ist daher wirkungslos, wenn die Handlung schon ausgeführt ist (vergl. Puchelt, Anm. 3); er muß sich ferner gegen die Vornahme einer bestimmten Handlung oder gegen eine Reihe bestimmter Handlungen (vergl.

Digitized by Google

Bolze 17, Nr. 526) richten, während ein generelles Veto gegen die Geschäftsführung eines Sozius unbeachtlich ist (HAG. Nürnberg in Busch, Archiv 18, S. 151). Aus der Natur der Sache folgt, daß der Sozius durch seinen Widerspruch Akte, die gegen ihn selbst gerichtet sind, zum Beispiel die Erhebung von Regreßansprüchen gegen ihn, nicht hindern kann (Pollitzer, S. 161; Gorski, S. 86).

b) **Die Wirkung des Widerspruches** ist, daß die betreffende Handlung unterbleiben muß, selbst wenn sie noch so dringend und wichtig wäre. Inwieweit der Richter in die Geschäftsführung eingreifen kann, darüber unten § 4. Unsachgemäßer Widerspruch kann zu Schadenersatz verpflichten (Art. 94), wohl auch, besonders wenn er wiederholt und schikanös erfolgt, zur Auflösung und Ausschließung. Immer aber wirkt der Widerspruch nur auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Die gleichwohl vorgenommene Handlung ist gültig, wenn der Gesellschafter innerhalb seiner Vertretungsbefugnis gehandelt hat; allein sie geht auf Gefahr des Geschäftsführers und ist eine unberechtigte Handlung, für welche er nicht bloß mit diligentia quam suis haftet (vergl. § 1 zu Art. 94). Durch den Nachweis, daß die trotz des Widerspruches vorgenommene Handlung im Interesse der Gesellschaft nützlich und geboten war, wird zwar nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung, wohl aber die Verpflichtung zum Schadenersatz elidiert (OLG. Hamburg in GZ. 35, S. 230).

Zusatz 1. Die Geschäftsführung kann auch anders angeordnet werden, indem durchwegs oder für gewisse Arten von Geschäften Majoritätsbeschlüsse für erforderlich oder ausreichend erklärt werden. Über diese vergl. § 5 zu Art. 103. § 3.

Zusatz 2. Kann der Richter in die Geschäftsführung eingreifen? Der Richter kann nicht einen Geschäftsführungsakt anordnen, dem ein widerspruchsberechtigter Sozius widerspricht; denn der Widerspruch ist sein Recht, welches durch Zweckmäßigkeitsfragen nicht beseitigt wird (RG. 12, S. 33). Wohl aber kann der Richter einen Akt der Geschäftsführung verbieten, dem ein Gesellschafter widersprochen hat. Das ergibt sich aus dem gleichen Grunde: weil der Widerspruch das Recht des Gesellschafters ist und der Richter nur seine Funktion erfüllt, wenn er dem Rechte zur Seite steht. Daraus ergibt sich auch die Befugnis des Richters, durch Urteil oder einstweilige Verfügung ein für allemal Geschäftsführungsakte bestimmter Art zu verbieten, welche mit der Vereinbarung der Gesellschafter im Widerspruche stehen (Bolze 17, Nr. 526) oder mit einem zulässigen Majoritätsbeschlusse (§ 3); vergl. oben § 2. § 4.

Artikel 103.

Ein Beschluß der sämtlichen Gesellschafter muß vor der Vornahme von Geschäften eingeholt werden, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, oder welche dem Zwecke derselben fremd sind.

Dies ist auch dann erforderlich, wenn die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist.

Zur Fassung des Beschlusses ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich. Ist diese nicht zu erlangen, so muß die Handlung, in Ansehung deren Beschluß gefaßt werden soll, unterbleiben.

Digitized by Google

Einleitung. **Der Artikel ordnet die Geschäftsführung bei ungewöhnlichen oder dem Gesellschaftszwecke fremden Geschäften**, indem er hiezu einen Beschluß aller Gesellschafter, auch der nicht geschäftsführenden (Abs. 1 und 2), zur Fassung desselben aber Stimmeneinhelligkeit fordert (Abs. 3).

§ 1. 1. **Voraussetzung ist das Vorliegen eines ungewöhnlichen oder dem Gesellschaftszwecke fremden Geschäftes.** Für beide Begriffe ist der Gesellschaftsvertrag und der tatsächliche Geschäftsbetrieb maßgebend; bei der Frage nach der Ungewöhnlichkeit insbesondere ist nicht bloß auf die Art des Geschäftes, sondern auch auf die Größe und Gefährlichkeit zu sehen (ROHG. 20, S. 244). So werden als ungewöhnlich zu gelten haben: sehr erhebliche Kreditgewährung, sei es in Bezug auf Höhe oder auf Länge der Zeit, sehr erhebliche Käufe von Waren, zumal von solchen, deren Umsatzfähigkeit zweifelhaft ist oder deren Preis schwankt usw.

§ 2. 2. **Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen müssen unbedingt alle Gesellschafter gehört werden.** Hier besteht daher eine gesetzliche Anzeigepflicht, von der selbst Gefahr im Verzuge nicht befreit (ROHG. 20, S. 247). Aber nicht bloß gehört müssen alle Gesellschafter werden, sondern alle müssen auch zustimmen, auch die nicht geschäftsführenden. Die Vorschrift der Einstimmigkeit findet jedoch ihre Grenze in der Erwägung, daß bei Beschlüssen, welche sich gegen einen Gesellschafter richten, dieser nicht zuzustimmen braucht, z. B. wenn es sich darum handelt, ihn zu verklagen, oder ihn zu entlasten, oder ihn für Schaden verantwortlich zu machen. Über die Form der Berufung und Zustimmung sagt das Gesetz nichts, es gelten daher allgemeine Grundsätze, insbesondere Formlosigkeit der Konsenserklärung.

§ 3. 3. **Die Wirkung des zu stande gekommenen Beschlusses** ist, daß der Beschluß von den geschäftsführenden Gesellschaftern auszuführen ist. Ein Widerspruch seitens eines Gesellschafters ist nunmehr wirkungslos, es sei denn, daß der Beschluß aus gesetzlicher Ursache (wegen Betruges oder Zwanges) angefochten wird.

§ 4. 4. **Die Folge des Nichtzustandekommens** des Beschlusses ist, daß das Geschäft unterbleiben muß, selbst wenn es noch so wichtig und heilbringend, die Unterlassung aber noch so unheilvoll für die Gesellschaft wäre. Doch ist zu beachten, daß der Beschluß nur nach innen in Frage kommt. Der nach außen vertretungsberechtigte Gesellschafter kann das Geschäft trotzdem gültig vornehmen, selbst wenn der Dritte wußte, daß es sich um ein unbefugtes Geschäft handelt und die Zustimmung der anderen Sozien fehlt. Das begründet noch keine Kollusion (vergl. Bolze 5, Nr. 747; über die Kollusion überhaupt § 3 zu Art. 114). Nur geht das Geschäft dann auf Gefahr des ausführenden Sozius, und seine Handlungsweise ist eine unberechtigte, für die er nicht bloß mit diligentia quam suis haftet (vergl. § 1 zu Art. 94 und § 2b zu Art. 102). Doch kann die Handlungsweise auch nachträglich durch die Zustimmung der anderen Gesellschafter ratihabiert werden.

§ 5. **Zusatz. Die Vorschrift des Artikels ist dispositiv** (vergl. Art. 90). Sie kann durch Vertrag modifiziert, insbesondere kann vertraglich die **Rechtswirksamkeit von Majoritätsbeschlüssen** vereinbart werden (Hahn, § 5). Solche Vereinbarungen sind bis zu der Grenze gültig, welche allen vertraglichen Vereinbarungen innewohnt; das heißt, es darf nicht das öffentliche Recht noch die gute Sitte verletzt werden. So ist es für ungültig erklärt worden, als ein Gesellschaftsstatut bestimmte, es könne die Majorität die Ausschließung eines Gesellschafters beschließen. Das verstößt gegen das öffentliche Recht, weil es einen Verzicht auf den für diese Frage bestehenden Rechtsweg involviert (ROHG. 21, S. 84; vergl. Hofdekret

Digitized by Google

vom 10. Dezember 1819, worin die Unzulässigkeit des Verzichtes auf den Rechtsweg ausgesprochen ist, und Krainz-Ehrenzweig, § 134). Gültig aber ist die Vertragsbestimmung, daß die Majorität einem Gesellschafter die Vertretungsbefugnis entziehen kann (Bolze 13, Nr. 498). Auch bei Majoritätsbeschlüssen kann derjenige nicht mitstimmen, gegen den sich der Beschluß richtet (vergl. § 2). Es ist dann die Majorität aller übrigen Sozien gemeint, wie im § 2 die Einstimmigkeit aller übrigen.

Artikel 104.

Zur Bestellung eines Prokuristen ist, sofern nicht Gefahr im Verzuge ist, die Einwilligung aller geschäftsführenden Gesellschafter, und wenn keine solchen ernannt sind, die Einwilligung aller Gesellschafter erforderlich.

Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Erteilung derselben befugten Gesellschafter geschehen.

Einleitung.

Der Artikel gibt Sonderbestimmungen für Erteilung und Widerruf der Gesellschaftsprokura, und zwar für die Erteilung in Abs. 1 und für den Widerruf in Abs. 2.

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Die Erteilung der Prokura.** Die in dieser Beziehung gegebene Vorschrift regelt nur das Verhältnis nach innen, mit Wirkung gegen Dritte kann nach Art. 118 jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter die Prokura erteilen (AdlCl. 1482). Der Handelsregisterrichter kann daher die Eintragung der Prokura nicht deshalb ablehnen, weil nicht alle geschäftsführenden Gesellschafter zugestimmt haben (Behrend, § 69, Anm. 20; AdlCl. 1080, 1509; dagegen Adl.Cl' 761, 1304). Es ist ferner hervorzuheben, daß die Vorschrift dispositiver Natur ist (Art. 90), durch den Gesellschaftsvertrag also abgeändert werden kann. Wo sie aber Platz greift, da muß bei Erteilung der Prokura die Einwilligung aller nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeholt werden. Die ausgeschlossenen haben kein Recht, bei Erteilung der Prokura mitzuwirken, auch dann nicht, wenn nur ein Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt ist (AdlCl. 1482; Pollitzer, S. 112). **Eine Ausnahme macht der Fall der im Verzuge liegenden Gefahr.** In diesem Falle (wann er vorliegt, vergl. § 1 zu Art. 100) kann jeder geschäftsführende Gesellschafter den Prokuristen ernennen, selbst bei Kollektivgeschäftsführung (Art. 100, Abs. 1), jedoch nur als provisorische Maßregel, die, sobald tunlich, durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen ist (OLG. Dresden in GZ. 35, S. 230).

§ 2.

2. (Abs. 2.) **Der Widerruf der Prokura.** Auch hier ist zu betonen, daß die Vorschrift nur für das Verhältnis nach innen maßgebend ist, während nach außen Art. 118 Platz greift. Und es ist ferner zu betonen, daß nur der Widerruf, nicht auch die Beschränkung der Prokura unter die Sondervorschrift dieses Artikels fällt. Die Beschränkung der Prokura (scil. mit Wirkung nach innen, z. B. das Recht, dem Prokuristen zu untersagen, für die Gesellschaft Wechsel zu akzeptieren) ist nicht ohneweiters dem Gesellschafter gestattet, der zur Erteilung der Prokura befugt ist. Vielmehr entscheiden hierüber die sonstigen Vorschriften über die Geschäftsführung (Art. 102, Art. 99 bis 101, Art. 103; Bolze 3, Nr. 792; anders Rießer in GZ. 42, S. 322).

Und endlich ist hervorzuheben, daß für das Verhältnis nach innen zunächst der Vertrag maßgebend ist, der Abweichendes verordnen,

Digitized by Google

insbesondere bestimmen kann, daß der Widerruf nur mit Zustimmung aller Sozien oder mit Genehmigung eines bestimmten Gesellschafters erfolgen darf. Bei Zuwiderhandlungen gegen solche Vertragsbestimmungen bleibt der Widerruf zwar gültig, aber es kann der Gesellschafter, dessen Vertragsrechte verletzt sind, dieselben geltend machen: durch Klage auf Wiederherstellung der Prokura, Schadenersatz, Auflösung oder Ausschließung; oder endlich durch Selbsterteilung der Prokura (RG. 2, S. 34). Wo aber mangels anderer Abrede die gesetzliche Vorschrift dieses Artikels Platz greift, da soll nach Keyßner, Anm. 2, ihr angeblich etwas ungenauer Wortlaut dahin auszulegen sein, daß jeder Gesellschafter, der bei der Erteilung der Prokura mitzuwirken hat, die Prokura selbständig widerrufen kann (so AblCl. 223); allein der Wortlaut ist ganz genau und klar: es darf widerrufen, wer erteilen darf (nicht wer bei Erteilung mitwirkt). Es dürfen aber bei Kollektivgeschäftsführung nur die Mehreren zusammen Prokura erteilen, also dürfen sie auch nur zusammen widerrufen (zust. Canstein, I., S. 541). Hienach können die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitglieder auch die Prokura nicht widerrufen (vergl. oben § 1), auch nicht einer von mehreren zur Kollektivgeschäftsführung berechtigten Sozien, vielmehr ist hier das Zusammenwirken der Kollektivberechtigten erforderlich (vergl. § 2 zu Art. 118). Die Entscheidung des Kammergerichtes bei Johow 10, S. 26, hält im Falle des Ausschlusses aller Sozien von der Vertretung jeden Sozius für berechtigt, die Prokura zu widerrufen. Die Entscheidung beruht auf der diesseits nicht geteilten Auffassung über die Zulässigkeit des Ausschlusses aller Sozien von der Vertretung (vergl. § 2 zu Art. 86 und auch über das Verhältnis des vorstehenden Artikels zu Art. 118).[1])

§ 3. **Zusatz.** Der Artikel findet nur Anwendung auf Erteilung und Aufhebung der Prokura, **nicht jedoch auf Erteilung von Handlungsvollmachten und Anstellung von Gehilfen.** Auch analoge Anwendung wäre verfehlt. Vielmehr sind hier lediglich die Art. 99 bis 102 oder der Art. 103 anwendbar, je nachdem es sich dabei um gewöhnliche oder um ungewöhnliche Geschäfte handelt. Makowers und Gareis-Fuchsbergers gleichlautende Bemerkung, es handle sich dabei „zweifelsohne um gewöhnliche Geschäfte", ist unzutreffend. Die Anstellung eines Betriebsleiters z. B. mit ungewöhnlich hohem Gehalt oder auf ungewöhnlich lange Zeit ist sicherlich ein ungewöhnliches Geschäft, desgleichen die Bestellung eines Generalbevollmächtigten für die Gesellschaft.

Artikel 105.

Jeder Gesellschafter, auch wenn er nicht in dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft tätig ist, kann sich persönlich von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten unterrichten; er kann jederzeit in das Geschäftslokal kommen, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und auf ihrer Grundlage eine Bilanz zu seiner Übersicht anfertigen.

Ist im Gesellschaftsvertrage ein Anderes bestimmt, so verliert diese Bestimmung ihre Wirkung, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird.

[1]) In § 116 d. HGB. heißt es allerdings: „Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen".

Digitized by Google

Der Artikel disponiert über das jedem Gesellschafter gewährte **Kontrollrecht** (Abs. 1) und bestimmt die Wirkungen eines vertragsmäßigen Verzichtes auf dasselbe (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Das hier vorgesehene Kontrollrecht** ist das dem Sozius zugestandene Minimum. Darüber, ob die Gesellschafter einen darüber hinausgehenden Anspruch auf Rechnungslegung haben sollen, wurde zwar beraten, eine Bestimmung hierüber ist aber unterblieben, die Regelung dieser Frage vielmehr mit Absicht allgemeinen Grundsätzen anheimgegeben. Das Verhältnis dieses Artikels zu den allgemeinen Grundsätzen über Rechnungslegung stellt sich nunmehr derart, daß **das hier vorgesehene Büchereinsichtsrecht den Anspruch auf Rechnungslegung erschöpft, wenn es zur Erteilung der Auskunft ausreicht** (vergl. Steg. 3, S. 226). Dagegen sollte durch den vorstehenden Artikel eben nur ein Minimum, kein Maximum fixiert werden, so daß über die weitere Pflicht zur Rechnungslegung, wo diese erforderlich erscheint, die allgemeinen Grundsätze, bezw. die Vorschriften des Landesrechtes maßgebend sind (zust. Pollitzer, S. 163; Blaschke-Pitreich, S. 124). Wegen des näheren über die Pflicht zu weiterer Rechnungslegung vergl. den Zusatz 2 zu diesem Artikel. Das hier vorgesehene Recht besteht in einem Rechte auf Einsicht, nicht auf Herausgabe. Das Recht auf Büchereinsicht ist im ordentlichen Prozeßwege geltend zu machen (vergl. § 3 zu Art. 40). § 1.

Das Recht erstreckt sich auf alle Bücher, in denen die Verhältnisse der Gesellschaft verzeichnet sind, selbst wenn der Sozius unzulässigerweise die Sozietätsgeschäfte zum Teile in seine Handelsbücher eingezeichnet hat (ROHG. 6, S. 296).

Das Recht ist allen Sozien gegeben, auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, die ja dadurch nicht aufhören, Gesellschafter zu sein und Gesellschaftsrechte zu besitzen. Doch ist es ihnen nur persönlich gegeben, was zwar nicht die Ausübung durch gesetzliche Vertreter (Vormund, Vorstand der juristischen Person), wohl aber durch Mandatare oder Unterbeteiligte ausschließt. Wo der Ehemann, wie in Österreich (§ 91 ABGB.), abgesehen von seinen Verwaltungsbefugnissen, auch noch die Aufgabe hat, die Ehefrau in allen rechtlichen Angelegenheiten zu vertreten, da wird man ihm das Recht nicht versagen können. Nicht aber ist dem Gesellschafter verwehrt die Wahrnehmung seiner Kontrollrechte unter Zuziehung Dritter (ROHG. 7, S. 71). Aber auch nicht jeder Dritte, sondern nur ein Sachverständiger kann zugezogen werden, und auch dieser nicht, wenn eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen durch seine Zuziehung zu befürchten ist, etwa weil er ein Konkurrent oder sonst nicht vertrauenswürdig ist. Im allgemeinen wird es die richtige Mitte treffen, wenn die Sozien auf die Zuziehung eines gerichtlichen Bücherrevisors bestehen (vergl. RG. 25, S. 88). Der Artikel bezieht sich auch auf das Stadium der Liquidation (vergl. § 9 zu Art. 144).

2. (Abs. 2.) **Vertragsmäßige Verzichte** sind gültig, doch gehen sie von der Voraussetzung aus, daß redlich verfahren wird, und verlieren daher ihre Gültigkeit bei nachgewiesener Unredlichkeit. Der Begriff Unredlichkeit geht weiter als der Ausdruck Betrug, der auch zur Erwägung stand (P. 196). Zu jener ist jede Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen zu eigenem oder fremdem Vorteile zu rechnen, Täuschung und Vorspiegelung sind aber dabei nicht notwendig. Eine diesem Absatze entsprechende Bestimmung enthält auch § 1200 ABGB. § 2.

Digitized by Google

§ 4. **Zusatz 1. Das Recht auf Einsicht der Bücher involviert den Anspruch auf Führung der Bücher**, und zwar auf korrekte Führung. Es kann daher eventuell auch auf Berichtigung und Vervollständigung geklagt werden.

Zusatz 2. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welchen das Gesetz durch sein Schweigen Geltung verschaffen wollte (P. 196), **ist jeder Gesellschafter, welcher Gesellschaftsgeschäfte geführt hat, den anderen zur Rechnungslegung verpflichtet** (Baehr in Iherings Jahrbüchern 13, S. 251 bis 297; für Österreich ist dies in § 1198 ABGB. ausgesprochen; vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 295; Canstein, I., S. 525; die Pflicht zur Rechnungslegung besteht auch während der Liquidation, RG. 30, S. 19). Sie erfolgt normalerweise durch den Hinweis auf die Bilanz und die Handelsbücher (vergl. oben § 1); ob eine weitere Rechenschaft erforderlich, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden (P. 195; ROHG. 19, S. 346). Soweit aber eine weitere Rechenschaft über die Bucheintragung hinaus erforderlich, muß sie gegeben werden (Steg. 4, S. 78); insbesondere gilt das für einzelne vom Sozius vorgenommene Geschäfte. Ausnahmen können auch hier stattfinden (vergl. Bolze 13, Nr. 503; ein Sozius wurde nicht für verpflichtet erachtet, bei Gratifikationen delikater Natur die Namen der Bedachten zu nennen). Der Klage auf Rechnungslegung kann nicht die exceptio non impleti contractus entgegengesetzt werden, weil der Kläger ebenfalls zur Rechnungslegung verpflichtet sei (ROHG. 16, S. 48; vergl. RG. 26, S. 257; OLG. Kassel in Seufferts Archiv 48, S. 35; Gorski, S. 67) — die einzelnen Rechenschaftspflichten bedingen sich nicht gegenseitig, sind nicht die Äquivalente für einander — ebensowenig kann Nichterfüllung der Einlagepflicht eingewendet werden (GZ. 22, S. 288), weil überhaupt auf Gesellschaftsverhältnisse die für zweiseitige Verträge gegebene Rechtsregel nicht Anwendung findet, wonach nur der Erfüllung verlangen kann, der seinerseits erfüllt hat. Ein Verzicht auf Rechnungslegung ist statthaft, verliert aber seine Wirkung, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird (vergl. oben § 2). Ein pactum ne dolus praestetur ist von vornherein ungültig (Behrend, § 65, Anm. 6). — Selbstverständlich besteht nicht die Pflicht zur Vorausklage auf Rechnungslegung, wenn der Sozius seine Ansprüche sonst beziffern kann (AdlEl. 1147).

Artikel 106.

Jedem Gesellschafter werden am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres von seiner Einlage, oder wenn sich dieselbe beim Schlusse des vorigen Jahres durch Hinzurechnung seines Anteiles am Gewinne vermehrt oder durch Abrechnung seines Anteiles am Verluste vermindert hat, von seinem Anteile am Gesellschaftsvermögen Zinsen zu vier vom Hundert gutgeschrieben und von den während des Geschäftsjahres auf den Anteil entnommenen Geldern Zinsen in demselben Maßstabe zur Last geschrieben.

Die dem Gesellschafter hienach zukommenden Zinsen vermehren seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen.

Vor Deckung dieser Zinsen ist kein Gewinn vorhanden, und der Verlust der Gesellschaft wird durch dieselben vermehrt oder gebildet.

Einleitung. **Die Artikel 106 bis 109 regeln die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft** für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag sie nicht regelt. Die Vorschriften beruhen auf der dem Begriffe der Sozietät entsprechenden

Digitized by Google

Anschauung, daß jeder Gesellschafter zwar an dem Geschäftsergebnisse teilnimmt, aber erst am Ende der Gesellschaft festgestellt werden kann, ob die Gesellschaft einen Gewinn oder Verlust ergeben hat und wie der einzelne Gesellschafter daran beteiligt ist. Wenn dennoch die alljährliche Berechnung vorgeschrieben ist, so ist damit nur eine rechnungsmäßige Verteilung gemeint. Diese Anschauung ist aber nicht als Prinzip durchgeführt, vielmehr ist in Art. 108 gestattet, daß die dem Gesellschafter zustehenden sogenannten Zinsen von ihm alljährlich entnommen werden können und ferner, soweit es nicht der Gesellschaft zum Nachteile gereicht, diejenige Summe, die als sein Anteil am Jahresgewinne herausgerechnet ist. Das System, nach welchem Gewinn und Verlust berechnet werden, ist nach Makowers Darstellung folgendes: Am Schlusse des ersten Geschäftsjahres werden jedem Gesellschafter für seine Einlage vier Prozent gutgeschrieben; die Summe, welche zu dieser Zinszahlung erforderlich ist, wird auf das Verlustkonto der Gesellschaft geschrieben. Demnächst wird berechnet, welchen Gewinn und Verlust die Gesellschaft im verflossenen Jahre gemacht hat, dieser nach Köpfen verteilt und den einzelnen Gesellschaftern auf ihr Konto zu-, bezw. abgeschrieben. Der Betrag, welcher sich ergibt, wenn man das Konto jedes einzelnen Gesellschafters hienach ausrechnet, bildet, wie das Gesetz sich ausdrückt, seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen für das folgende Jahr. Dieser Betrag wird im folgenden Jahre wie seine Einlage behandelt, also am Schlusse des Geschäftsjahres mit vier Prozent verzinst; es werden jedoch von den Summen, welche er im Laufe des Jahres etwa entnommen hat, ihm wiederum vier Prozent Jahreszinsen seit der Entnahme zur Last geschrieben. Im übrigen wird mit der Gewinn- und Verlustverteilung wie im ersten Jahre verfahren. Diese Prozedur erneuert sich am Schlusse jedes folgenden Geschäftsjahres. Zur Durchführung dieses Systems wird zunächst **in vorstehendem Artikel angeordnet, daß dem Gesellschafter vier Prozent Zinsen alljährlich gut-, bezw. von den Entnahmen abzuschreiben sind.** Der Ausdruck Zinsen ist jedoch nur im uneigentlichen Sinne gebraucht (P. 209), da es sich ja nicht um ein einem anderen zum Gebrauche überlassenes und von diesem geschuldetes Kapital handelt (Hahn, S. 436, § 3).[1])

1. (Abs. 1.) **Von dem Anteile am Gesellschaftsvermögen werden dem Gesellschafter Zinsen gutgeschrieben, von den entnommenen Geldern abgeschrieben.** § 1.

   a) **Die Gutschrift der Zinsen** erfolgt zu vier Prozent. Die Ermäßigung gegen den sonst geltenden Zinssatz soll das Interesse derjenigen Sozien berücksichtigen, welche keine Vermögenseinlage gemacht haben (P. 998). Immerhin enthält die Vorschrift auch so noch eine Bevorzugung der Kapitalgesellschafter von großer Erheblichkeit und zweifelhafter Berechtigung. Die Zinsberechnung erfolgt, wie das Gesetz sagt, vom „Anteile am Gesellschaftsvermögen". Damit ist in diesem Artikel der dem Gesellschafter buchmäßig zustehende Aktivsaldo gemeint. Näher auseinandergesetzt ist dieser Begriff in dem Exkurse § 5. Da Zinsen nur gutgeschrieben werden vom sogenannten Anteile am Gesellschaftsvermögen, so setzt dies voraus, daß der Gesellschafter einen solchen, das heißt einen Aktivsaldo hat. Es ist das aber nicht notwendig der Fall. Er kann auch

[1]) „Die sogenannten Zinsen sind in dem Falle, als ein Reingewinn vorhanden ist. Dividenden, im entgegengesetzten Falle Kapitalsrückzahlung. Die Art. 106 bis 108 HGB. stellen eben kein juristisches Prinzip auf, sondern geben nur die übliche kaufmännische Berechnungsweise des Gewinnes und Verlustes wieder; sie enthalten keine Rechtssätze, sondern eine Rechnungsmanipulation" (so Randa, Die Lehre von den Zinsen und der Konventionalstrafe, S. 6; ebenso Hasenöhrl II., S. 292).

Digitized by Google

einen Passivsaldo haben. Der Inhaber des Passivsaldos fährt fort, am Gewinn und Verlust der Gesellschaft teilzunehmen, wodurch sich sein Passivsaldo noch vergrößern, aber auch ausgleichen und auch in einen Aktivsaldo übergehen kann. Nur Gesellschafterzinsen erhält er nicht, solange sein Konto einen Passivsaldo aufweist, weil es an dem zu verzinsenden Objekt oder richtiger an der gesetzlichen Grundziffer fehlt, von welcher der Zinsenbetrag zu berechnen ist. Näheres über die rechtliche Natur des Passivsaldos bei § 5, aus welchem sich ergibt, daß der Inhaber des Passivsaldos nicht etwa den Betrag desselben an die Gesellschaftskasse zu zahlen hat; er ist keine Schuld an die Gesellschaft; er hat auch von dem Betrage keine Zinsen an die Gesellschaft zu zahlen.

In diesem Artikel ist nur die Gutschrift und Belastung der Gesellschafterkonten mit Zinsen vorgesehen. Was mit den gutgeschriebenen Zinsen geschehen soll, ist hier nicht gesagt. Die gutgeschriebenen Zinsen darf der Gesellschafter nach Art. 108, Abs. 2, entnehmen, ohne Rücksicht darauf, ob dies zum Nachteile der Gesellschaft gereicht oder nicht, also auch dann, wenn nichts verdient ist, denn auch dann werden ihm Zinsen gutgeschrieben, und auch wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Nur muß selbstverständlich so viel vorhanden sein, um die Entnahme zu ermöglichen. Davon ist aber keine Rede, daß, wenn die Aktiven und Passiven sich die Wage halten oder die Passiven überwiegen, der Anspruch auf Zinsen in der Weise befriedigt werden muß, daß „der eine Gesellschafter die seinem Verlustanteile entsprechende Rate des Zinsguthabens des anderen Gesellschafters aus seinem Privatvermögen zahlen muß" (so Gareis-Fuchsberger, S. 234, Note 83). Denn kein Gesellschafter ist nach Art. 92 durante societate verpflichtet, in die Gesellschaftskasse mehr einzulegen, als er sich nach dem Vertrage verpflichtet hat. Der durch die notwendige Zinszuschrift zu Gunsten des einen Gesellschafters entstehende Verlust vermehrt vielmehr höchstens den buchmäßigen Passivsaldo des anderen Gesellschafters.[2])

§ 2. b) **Die Belastung mit Zinsen** erfolgt gleichfalls mit vier Prozent, sie betrifft die nach dem Gesetze oder nach Übereinkunft befugten Entnahmen, also in der Regel die Entnahmen nach Art. 108. Zum Rechte auf Vorausentnahmen gehört besondere vertragliche Abmachung. Selbstverständlich vermindern diese Entnahmen die Beteiligungsziffer, werden daher dem Konto des Entnehmenden in den Gesellschaftsbüchern zur Last geschrieben, bilden aber deshalb noch keine Schuld an die Gesellschaft (RG. 3, S. 59). Anders, wenn die Entnahme eine unbefugte ist. Unbefugte Entnahmen sind mit sechs Prozent zu verzinsen (Art. 95) und bilden eine richtige Obligation an die Gesellschaft.

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Die Zinsen vermehren den Anteil am Gesellschaftsvermögen**, das heißt die Beteiligungsziffer, während sonst eine Vermehrung der Einlage nicht zulässig ist (vergl. § 3 zu Art. 92). Konkurrieren daher Gesellschafter mit und ohne Kapital, so kann es kommen, daß das Guthaben der ersteren sich vergrößert, während die anderen vom Gewinne nichts zuerteilt erhalten, wenn nämlich mehr nicht verdient worden ist, als zur Verzinsung der Kapitalien erforderlich ist.

---

[2]) Nach dem d. HGB. sind die Prozente nur dann gutzuschreiben, wenn Gewinn vorhanden ist. Ist der Jahresgewinn geringer, so verringert sich der Prozentsatz entsprechend (§ 121, Abs. 1).

Digitized by Google

3. (Abs. 3.) **Die Vorschrift besagt, daß Zinsen zu berechnen** sind ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebnis, also auch in Jahren, in welchen die Gesellschaft keinen Gewinn, ja sogar, wenn sie Verluste gemacht hat (Randa, II., S. 171), eine Vorschrift, welche die Zurücksetzung der Gesellschafter ohne Kapital noch erhöht (vergl. oben § 1 und § 2). Die Zinsen vermindern nach dieser Vorschrift den Gewinn, vermehren den Verlust, und es kann daher sein, daß das Konto des einen Gesellschafters belastet wird mit einem Anteile an den Zinsen, die dem anderen gutgeschrieben werden, aber aus seinem Privatvermögen zu zahlen braucht er zu diesem Zwecke nichts (vergl. § 1). § 4.

Zusatz. Exkurs über das juristische Wesen der Kapitalkonten (des Aktiv- und des Passivsaldos) der Gesellschafter. § 5.

Das Gesetz spricht in diesem Artikel von dem Anteile am Gesellschaftsvermögen und meint damit die Ziffer des Kapitalkontos eines Gesellschafters, wenn dasselbe einen Aktivsaldo aufweist. Von der Ziffer dieses Aktivsaldos sollen die Zinsen berechnet werden.

Der Aktivsaldo ist nicht das, was das Gesetz von ihm sagt. Er bedeutet nicht einen Anteil am Gesellschaftsvermögen (vergl. § 6 zu Art. 91).

Der Aktivsaldo bedeutet keine Forderung und der Passivsaldo keine Schuld des Gesellschafters. Nehmen wir an, daß in einem gegebenen Zeitpunkte das Konto des Gesellschafters A einen Aktivsaldo von 2000 K, das Konto des B ein Passivsaldo von 2000 K aufweist, so zeigen uns diese Saldoziffern, wieviel A aus der Gesellschaftskasse zu erhalten haben würde, und wieviel B an die Gesellschaftskasse zu zahlen hätte, **wenn die Auseinandersetzung jetzt erfolgen würde**, unter der Voraussetzung, daß die der Auseinandersetzung zu Grunde zu legende Bilanz nicht andere Ziffern aufweisen wird als die Bilanz, auf Grund der die Saldofeststellung erfolgt ist; denn für die Liquidations- oder Auseinandersetzungsbilanz sind andere Bewertungsgrundsätze maßgebend als für die Aufstellung der jährlichen Betriebsbilanz (vergl. § 1a zu Art. 31, § 1 zu Art. 130, Staub[8], Anm. 5 im Exkurs zu § 141, Pisko, Unternehmen, S. 86). Die Ziffern des Saldo zeigen im Falle solcher Bewertungsveränderungen nicht den Betrag an, den der Gesellschafter zu fordern oder zu zahlen hat, sondern sie zeigen die Grundlage an, auf Grund der die ein- oder auszuzahlenden Beträge zu berechnen sind (vergl. § 1 zu Art. 130).

Da nun aber die Auseinandersetzung **jetzt nicht** erfolgt, so hat A die 2000 K von der Gesellschaft eben **nicht** zu fordern, und B hat die 2000 K, mit denen sein Konto belastet ist, an die Gesellschaft eben **nicht** zu zahlen. Er darf darauf nicht verklagt werden, ja er darf sie nicht einmal freiwillig zahlen, weil das eine Erhöhung der verminderten Einlage bedeuten würde (vergl. § 3 zu Art. 92). Ob nach Ablauf der fünfjährigen Vertragsdauer, wenn dann die Auseinandersetzung erfolgt, A die 2000 K von der Gesellschaft zu fordern haben wird, ist eine Frage, die sich jetzt absolut nicht beantworten läßt, sie hängt, abgesehen von der objektiven Richtigkeit der Bewertungen in der Betriebsbilanz, von dem Eintritt oder Nichteintritt einer großen Reihe von Tatsachen ab, die im Schoße der Zukunft liegen. Heute weiß noch niemand, ob A alsdann 2000 K oder wieviel mehr oder wieviel weniger zu fordern haben wird, oder ob er wohl gar der Gesellschaft noch etwas schuldig sein wird.

Der Ausdruck Saldo bedeutet dasselbe wie der Ausdruck „Geschäftsanteil" im Sinne des § 48, Z. 3 und § 55, Abs. 2 GenG., wie der Ausdruck „Guthaben" in § 48, Z. 2 GenG. Wie dort handelt es sich nicht um eine Forderung, auch keine betagte oder bedingte Forderung (a. M. Brückmann, Arch. Bürg. R.,

Digitized by Google

N. 28, S. 257), und um keine Schuld, sondern um eine bloß buchmäßige Rechnungsziffer[3]), die anzeigt, um welchen Betrag das Vermögen des Gesellschafters in einem gegebenen Zeitpunkte — immer die Richtigkeit der Bilanzziffern vorausgesetzt — durch seine Beteiligung an der Gesellschaft vermehrt oder vermindert ist (vergl. K. Adler, S. 92). Da das Aktivsaldo keine Forderung darstellt, so ist es weder übertragbar, noch pfändbar (vergl. Randa, II., S. 20).

Artikel 107.

Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres wird, auf Grund des Inventars und der Bilanz, der Gewinn oder der Verlust dieses Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet.

Der Gewinn jedes Gesellschafters wird seinem Anteile am Gesellschaftsvermögen zugeschrieben, der Verlust von demselben abgeschrieben.

Einleitung. **Der Artikel normiert die Berechnung des Geschäftsergebnisses** für die Gesellschaft und die Gesellschafter, aber auch nur die Berechnung. Über die Auszahlung der erzielten Einkünfte disponiert der folgende Art. 108 (vergl. auch die Einleitung zu Art. 106).

§ 1. 1. **Die Berechnung des Geschäftsergebnisses für die Gesellschaft** erfolgt auf Grund von Inventur und Bilanz, und zwar **für jedes Jahr besonders**, ohne daß, wie bei der Aktiengesellschaft, stets auf den ursprünglichen Vermögensstand zurückgegangen werden muß. Es kann daher, wenn auch die Einlagen der Gesellschafter in einem Jahre vermindert worden sind, ein Gewinn vorhanden sein und zur Verteilung kommen, ehe das Stammkapital zu seiner ursprünglichen Höhe wieder herangewachsen ist. Inventur und Bilanz stützen sich auch auf die Inventuren und Bilanzen der früheren Jahre insoferne, als, wenn dieselben anerkannt sind, dieses Anerkenntnis Vertragsnatur hat, was zur Folge hat, daß auf die Unwahrheit einer so anerkannten Position später nicht zurückgekommen werden kann (Bolze 12, Nr. 503).

§ 2. 2. **Die Beteiligung der Gesellschafter am Geschäftsergebnisse der Gesellschaft** erfolgt durch Zuschreibung des Gewinnes und Belastung mit dem Verluste. Der zugeschriebene Gewinn erhöht den Aktivsaldo der Gesellschafter oder bildet, wenn der Gesellschafter einen solchen nicht hatte, den ersten Bestand desselben, oder dient endlich zur Ausgleichung, bezw. Verminderung eines vorhandenen Passivsaldos. (Über die rechtliche Bedeutung des Aktiv- und Passivsaldos des Gesellschafters vergl. § 5 zu Art. 106.)

§ 3. 3. **Für jeden Gesellschafter** erfolgt die Gewinn- und Verlustanteilsberechnung. Auch der Inhaber eines Passivsaldos nimmt am Gewinne teil (vergl. § 1 zu Art. 106).

Artikel 108.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter seine Einlage oder seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht vermindern.

Er darf jedoch auch ohne diese Einwilligung, auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen die Zinsen desselben für das letztverflossene Jahr, und

[3]) Vergl. Randa II., S. 19: „Rechnungsmäßiger Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen". Der in den früheren Auslagen gebrauchte Ausdruck „Fiktive Ziffer", ist nicht ganz zutreffend, denn die Saldofeststellung bringt ja reale Vorgänge, wie erzielten Gewinn, erlittenen Verlust und erfolgte Entnahmen zum Ausdrucke.

Digitized by Google

soweit es nicht zum offenbaren Nachteile der Gesellschaft gereicht, Gelder bis zu einem Betrage entnehmen, welcher seinen Anteil am Gewinne des letztverflossenen Jahres nicht übersteigt.

Einleitung.

Der Artikel normiert das Recht des Gesellschafters zu Entnahmen in Anrechnung auf seinen Anteil an den Früchten der Gesellschaft, indem er dieselben regelmäßig verbietet (Abs. 1) und nur ausnahmsweise gestattet (Abs. 2).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Zunächst ist das prinzipielle Verbot ausgesprochen, den Anteil am Gesellschaftsvermögen zu vermindern.** Nach der in § 5 zu Art. 106 festgestellten Bedeutung oder vielmehr Bedeutungslosigkeit des Wortes Anteil am Gesellschaftsvermögen und da hierunter die Ziffer des Aktivsaldos gemeint ist, müßte das hier ausgesprochene Verbot korrekt heißen: Ein Gesellschafter darf die den Ziffern seines Aktivsaldos entsprechenden Beträge der Gesellschaftskasse nicht entnehmen. Dieses Verbot entspricht der Erwägung, daß eine Gesellschaft während der ganzen Dauer ihres Betriebes als zusammengehöriges Ganzes zu betrachten ist, so daß erst bei Beendigung des Betriebes das Ergebnis desselben definitiv festgestellt werden kann (P. 1025). Vergl. Einleitung zu Art. 106. Mit der Einwilligung aller Sozien, auch der nicht geschäftsführenden, kann von diesem Prinzipe abgewichen werden. Eine Schutzvorschrift gegen Benachteiligung der Gläubiger ist hier nicht gegeben (Canstein, I., S. 468). Verfehlt ist es, wenn der OGH. (AblCl. 1528) die Zurückzahlung der Einlage einfach für ungesetzlich erklärte, weil die Gesellschaft nicht „aktiv" war. Nur die besonderen Anfechtungsvorschriften können hier helfen, soweit es bei der Solidarhaft der Einzelgesellschafter einer Hilfe bedarf. Die Einlage der persönlich haftenden Gesellschafter hat eben nicht den Zweck, einen Befriedigungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger zu schaffen (K. Adler, S. 134). Ohne die Einwilligung der Sozien sind Entnahmen nur im Falle des Abs. 2 zulässig. Über die Wirkungen befugter Entnahmen siehe unten § 5.

§ 2.

2. (Abs. 2.) **Die hier gemachte Ausnahmevorschrift geht dahin, daß der Gesellschafter berechtigt ist, die Zinsen und den Gewinn des letztverflossenen Jahres zu entnehmen,** die ersteren sogar ohne Rücksicht auf die Lage der Gesellschaft, also auch wenn nichts verdient oder die Gesellschaft überschuldet ist. Nur selbstverständlich muß die Entnahme möglich, das heißt so viel Geld vorhanden sein (vergl. § 1 zu Art. 106). Die Ausübung dieser Rechte ist nicht als Verletzung der pflichtmäßigen Rücksicht gegen die Gesellschaft aufzufassen, weil qui jure suo utitur neminem laedit.

   a) **Gegenstand des Rechtes sind die Zinsen und der Gewinn des letztverflossenen Jahres.** Der Gesellschafter darf also im ersten Jahre nichts entnehmen und auch auf das laufende Jahr nichts vorschußweise (es sei denn, daß der Vertrag dies gestatte), und wenn er endlich das kritische Jahr hat vorübergehen lassen, ohne zu entnehmen, so erlischt die Entnahmebefugnis, und das Stehengebliebene ist seinem Anteile am Gesellschaftsvermögen derart zugewachsen, daß es nach Abs. 1 nicht mehr einseitig vermindert werden kann.

§ 3.

   b) **Zu Entnahmen ist er berechtigt, nicht verpflichtet,** der Gesellschafter hat vielmehr die Befugnis, Zinsen und Gewinn seinem Aktivsaldo zuwachsen zu lassen (Art. 106, 107). Auf diesem Wege ist eine Vermehrung der Einlage erlaubt, die sonst nicht gestattet ist (vergl. § 3 zu Art. 92).

Digitized by Google

§ 4. c) **Das Recht wird geltend gemacht** durch selbständige Entnahme, wenn der Gesellschafter die Befugnis hat, über die Kasse zu disponieren, sonst regelmäßig durch eine **Klage** gegen die Gesellschaft (ROHG. 19, S. 416; Randa, II., S. 171). Doch ist auch eine Klage gegen die widersprechenden Gesellschafter auf Gestattung der Entnahme zulässig (ROHG. ebd; Behrend, § 70, Anm. 11). Der Klage kann der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Entnahme zum offenbaren Nachteile der Gesellschaft gereicht, was vom Exzipienten zu beweisen ist und nur durch die Verhältnisse der Gesellschaft dargelegt oder widerlegt werden kann, ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse des Entnehmenden. Ein offenbarer Nachteil ist vorhanden, wenn die Erreichung der vereinbarten Zwecke der Gesellschaft durch die Entnahme erschwert oder gar vereitelt wird. Nicht zulässig ist die exceptio non impleti contractus wegen nicht gemachter Einlage (vergl. § 4 zu Art. 105), wohl aber kann dies Kompensation begründen (GZ. 7, S. 463). Zur Vorbereitung der Klage auf Herausgabe von Gewinn und Zinsen kann die Klage auf eidliche Angabe des Gesellschaftsvermögens im Sinne des Art. XLII EinfG. zur ZPO. angestrengt oder es kann diese Klage mit der Klage auf Herausgabe verbunden werden; in dem letzterwähnten Falle kann die ziffermäßige Angabe des in Anspruch genommenen Gewinnes bis zur erfolgten Vermögensangabe aufgeschoben werden (XLII, Abs. 3).

§ 5. d) **Die Wirkung der Entnahme** ist, daß das Konto des Gesellschafters damit belastet wird, wodurch aber nicht eine wirkliche Schuld an die Gesellschaft begründet wird (RG. 3, S. 59; vergl. § 2 zu Art. 106).

§ 6. **Zusatz. Durch Vertrag können die Bestimmungen dieses Artikels geändert werden** (Art. 90), und in der Tat befindet sich in Gesellschaftsverträgen regelmäßig eine Bestimmung darüber, wieviel die Gesellschafter sich jährlich oder monatlich zur Deckung ihres Haushaltes entnehmen dürfen, meist im voraus während des Geschäftsjahres und ohne ausgesprochene Rücksicht auf die Geschäftsergebnisse. Dennoch werden solche Vertragsbestimmungen im Zweifel dahin auszulegen sein, daß die Entnahmen nicht erfolgen dürfen, wenn sie zum offenbaren Nachteile der Gesellschaft gereichen. Denn wenn auch der Bildung von Handelsgesellschaften meist das wirtschaftliche Motiv unterliegt, zunächst den Unterhalt der Sozien und ihrer Familien zu bestreiten, so soll dies doch nicht durch rücksichtsloses Ausbeuten der Gesellschaftskasse, sondern nur insoweit geschehen, als die Gesellschaft nach ihren Geschäftsergebnissen dieses Bedürfnis zu befriedigen im stande ist. Anders, wenn einem Gesellschafter ein bestimmter Reingewinn garantiert ist. In solchem Falle sind ihm jedoch die 4% Zinsen auf die Garantiesumme anzurechnen (Bolze 1, Nr. 1172), andrerseits fällt die Garantiesumme, soweit sie nicht aus dem Gesellschaftsgewinn ausgezahlt wird, dem Konto der anderen Gesellschafter zur Last.

Auch durch Vereinbarung hoher Abschreibungen können die gesetzlichen Bezüge der Sozien zulässigerweise beschränkt werden (RG. vom 5. Dezember 1890 im Sächsischen Archiv 1, S. 499; Bolze 12, S. 503; vergl. § 1 zu Art. 107).

Artikel 109.

Der Gewinn oder Verlust wird, in Ermanglung einer andern Vereinbarung, unter die Gesellschafter nach Köpfen verteilt.

In diesem Artikel ist gesetzlich die Verteilung von Gewinn und Verlust nach Köpfen angeordnet, er enthält sohin eine Abweichung von den §§ 1193

Digitized by Google

und 1197 ABGB., nach welchen im Zweifel der Gewinn nach Verhältnis der Kapitalsbeträge und der Verlust nach demselben Verhältnis wie der Gewinn zu verteilen ist. Die Vorschrift dieses Artikels ist

1. **zunächst nur ein Berechnungsmodus**; denn während der Dauer der Gesellschaft ist die tatsächliche Entnahme nicht, wenigstens nur beschränkt gestattet (Art. 108) und die Geltendmachung des Verlustanteiles überhaupt nicht (vergl. § 1 zu Art. 106). Zum reellen Vollzuge gelangt alles erst beim Abschluß der Liquidation (Art. 142);
2. **nur eine dispositive Vorschrift**, wie schon aus Art. 90 hervorgeht, hier aber nochmals gesagt ist. Anderweitige Vereinbarungen stehen in der Willkür der Gesellschafter, so daß die Verteilungsart auch dem arbitrium eines Dritten oder eines Gesellschafters anvertraut werden kann (ROHG. 16, S. 427), nur widerspricht der gänzliche Ausschluß vom Gewinn dem Prinzipe der Gesellschaft, wogegen es statthaft ist, einzelne Gesellschafter von der Verlustbeteiligung zu befreien (vergl. § 1 zu Art. 90). Ordnet der Gesellschaftsvertrag nur die Gewinnverteilung, so gilt der hiebei festgesetzte Maßstab auch für die Verteilung des Verlustes (Lastig bei Endemann I., S. 370; Puchelt-Förtsch, Anm. 3; vergl. § 1197 ABGB.).

Dritter Abschnitt.

Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu dritten Personen.

Artikel 110.

Die rechtliche Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnis zu dritten Personen mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Errichtung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, oder die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat.

Die Beschränkung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen soll, hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

Vorbemerkung zum dritten Abschnitt. Die Vorschriften dieses Abschnittes regeln das Rechtsverhältnis der Gesellschaft nach außen im Gegensatze zu den Vorschriften des vorigen Abschnittes, welche das Verhältnis nach innen regelten (vergl. Art. 90). Sie gelten unabhängig von dem, was nach den Vereinbarungen der Gesellschafter nach innen Rechtens ist; die Vereinbarung der Gesellschafter vermag die Wirksamkeit dieser Vorschriften im Verhältnis zu dritten Personen nicht zu ändern. Es kann daher durch Vereinbarung der Gesellschafter die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft über den Zeitpunkt der Eintragung oder des Geschäftsbeginnes nicht hinausgeschoben (Art. 110), die Solidarhaft nicht ausgeschlossen (Art. 112), die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter nicht beschränkt werden (Art. 114) usw.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel bestimmt den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft nach außen (Abs. 1) und erklärt eine entgegenstehende Abrede der Gesellschafter nach außen für unwirksam (Abs. 2).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Der Zeitpunkt**, wann eine offene Handelsgesellschaft **Dritten gegenüber**, das heißt gegenüber denjenigen Personen, mit welchen die Gesellschafter in ihrer Vereinigung in Rechtsbeziehung treten (ROHG. 6, S. 141), entsteht, ist der, **in welchem sich die Gesellschaft nach außen betätigt hat.**

Digitized by Google

Eine nach innen zwar begründete, nach außen aber nicht betätigte Gesellschaft ist für dritte Personen nicht existent und begründet daher für dritte Personen keine Rechte gegen die nicht kontrahierenden Gesellschafter, nicht einmal aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung (ROHG. 7, S. 430). Zur Betätigung nach außen gehört zwar nicht, daß der Name aller Gesellschafter nach außen bekannt wurde. War dies auch bei einem Sozius nicht der Fall, so ist die Gesellschaft doch begründet, wenn nur die Firma eine gemeinschaftliche werden sollte, ja selbst dann, wenn der Name des Sozius nach außen verheimlicht werden sollte; jedoch kann der Gesellschafter, der als solcher dem Verkehre gegenüber nicht aufgetreten ist, nicht als Gesellschafter in Anspruch genommen werden (vergl. Art. 2 zu Art. 113).

Als Tatsachen, in welchen das Gesetz eine ausreichende Betätigung nach außen erblickt, bezeichnet es: die Eintragung und den Geschäftsbeginn. Ist eine dieser beiden Voraussetzungen vorhanden, so ist die Gesellschaft nach außen existent. Sie kann von da ab Rechte erwerben und wird von da ab Dritten gegenüber verpflichtet. Ob der Gesellschaftsvertrag an sich ungültig ist, ist unerheblich. (Vergl. Zusatz 2 zu diesem Artikel.)

§ 2. a) **Die Eintragung.** Zwar ist nach Art. 85 eine offene Handelsgesellschaft erst vorhanden, wenn mehrere Personen ein Handelsgewerbe betreiben; aber wenn mehrere Personen öffentlich erklären, daß sie eine offene Handelsgesellschaft bilden, so müssen sie diese Erklärung gegen sich gelten lassen, ohne Rücksicht auf ihre tatsächliche Richtigkeit.

Zu beachten ist, daß die Eintragung, nicht die Publikation für maßgebend erklärt ist, die Eintragung aber unbedingt, auch wenn unzulässigerweise ein späterer Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes eingetragen sein sollte.

§ 3. b) **Der Geschäftsbeginn der Gesellschaft.** Die Gesellschaft muß ihre Geschäfte begonnen haben, wie das Gesetz sagt.

α) **Die Gesellschaft** muß die Geschäfte begonnen haben; nur derjenige Geschäftsbeginn hat die Wirkung, welcher dem Willen aller Gesellschafter entspricht und dies nach außen ersehen läßt (ROHG. 7, S. 431). Durch unbefugte, antizipierte oder gar dolose Handlungen eines Gesellschafters kann die Wirksamkeit einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft nach außen hin nicht begründet werden (ROHG. 12, S. 409; OLG. Braunschweig, SeuffA. 51, Nr. 42), doch kann die Willensübereinstimmung auch durch konkludente Handlungen erfolgen (ROHG. 1, S. 258; 12, S. 406). Die Beweislast trifft den Gegner (Bolze 3, Nr. 1210). Zwar auf gemeinschaftliche Rechnung, aber von einem Gesellschafter unter seinem Namen gemachte Geschäfte begründen nicht den Beginn der offenen Handelsgesellschaft (Bolze 3, Nr. 789).

§ 4. β) **Ihre Geschäfte begonnen** muß die Gesellschaft haben. Dazu gehört nicht notwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften, welche im Verhältnis zu ihrem Gewerbe als Grundgeschäfte zu betrachten sind; vielmehr genügen auch sogenannte vorbereitende Rechtsgeschäfte, wie z. B. die Anschaffung von Maschinen, Geräten und Vorräten (Kammergericht in Busch, Archiv 7, S. 187; Oberstes LG. Bayern, SeuffA. 52, Nr. 30; AdlCl. 480; Canstein, I., S. 480); ja, es ist überhaupt der Abschluß von Rechtsgeschäften nicht unbedingt erforderlich, vielmehr genügen auch sonstige Rechtshandlungen, welche als Geschäfte der Gesellschaft zu betrachten sind, wie

Digitized by Google

z. B. Versendung von Preislisten, von Proben usw. (Bolze 3, Nr. 795). Ist, wie das RG. in dieser Entscheidung ausführt, nach solchen Vorgängen von einem Gesellschafter ein Wechselakzept namens der Gesellschaft gegeben, so ist dieselbe gültig verpflichtet; wie auch andrerseits vom ROHG. (12, S. 413) richtig hervorgehoben wurde, daß in einem einzigen mit Zustimmung aller Gesellschafter gegebenen Wechselakzept der Beginn der Geschäfte zu finden ist. Demgemäß ist auch die Frage, von welchem Zeitpunkte an die das Geschäft fortsetzenden Erben als offene Handelsgesellschaft zu betrachten sind, zu beantworten: mit dem Augenblicke, wo sie Gesellschaftsgeschäfte beginnen, das heißt auf Grund gemeinschaftlichen Willens Rechtshandlungen vornehmen, welche den Anfang eines gemeinschaftlichen Gewerbebetriebes dokumentieren (vergl. § 8 zu Art. 85). Dortselbst wurde auch ausgeführt, daß vor der Einantwortung die das Gewerbe des Erblassers fortsetzenden Erben keine offene Handelsgesellschaft bilden, da sie nur als Vertreter des Nachlasses handeln. Nur dürfen die Erben vor diesem Zeitpunkte nicht den äußeren Anschein einer zwischen ihnen bestehenden offenen Handelsgesellschaft erzeugen. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn die Erben sofort eine neue Firma annehmen (vergl. Böhm, Das Erbrecht des deutschen BGB., S. 423, Note 1). Der Orientierung des Verkehrs über das wirkliche Rechtsverhältnis dient die in der Praxis übliche Eintragung des „Abhandlungsprovisoriums"; es wird ins Handelsregister eingetragen, daß das Geschäft des Erblassers für die Dauer der Abhandlung auf Rechnung der Erben fortgeführt wird (vergl. B. Mayer, S. 472ff.).

2. (Abs. 2.) **Die Abrede, daß trotz der Eintragung die Gesellschaft nicht bestehen soll**, ist nach außen wirkungslos, selbst wenn sie eingetragen ist. Eine solche Eintragung ist unzulässig und gilt pro non scripta (übereinstimmend Hahn, § 2; Behrend, § 71, Anm. 3; Keyßner, Anm. 3; Puchelt, Anm. 8; die entgegengesetzte Ansicht stellen auf, aber ohne sie zu begründen, Gareis-Fuchsberger, S. 237, Note 97). Ob der Dritte jene Abrede gekannt hat, verschlägt nichts, außer im Falle der Kollusion, die aber in bloßer Kenntnis der nach innen getroffenen Abrede nicht liegt (vergl. § 3 zu Art. 114). In gleicher Weise ist, obwohl das im Gesetze nicht hervorgehoben worden ist, auch die Abrede, daß trotz des vorhandenen Requisites des Geschäftsbeginnes der Gesellschaft dieselbe nicht existiert, ungültig. § 5.

Zusatz 1. Die Bestimmung des vorliegenden Artikels ist nicht erschöpfend. Wie schon in § 1 betont worden ist, liegt die Bedeutung der hier hervorgehobenen beiden Tatsachen darin, daß in ihnen eine Betätigung der Gesellschaft nach außen zu erblicken ist. Art. 110 ist nur ein Ausfluß jenes in verschiedenen Stellen der Gesetzgebung zum Ausdrucke gebrachten Gedankens, daß jedermann, der dem Verkehre gegenüber den äußeren Tatbestand eines Rechtsverhältnisses erzeugt, das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses vertreten muß (vergl. hiezu Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, Jherings J. 47, S. 332ff.) Was insbesondere die Eintragung betrifft, so kann die in derselben liegende **öffentliche Kundgebung, daß die Handelsgesellschaft bestehe, auch in anderer Weise erfolgen**, und es fragt sich, ob auch alsdann von diesem Zeitpunkte ab die Gesellschaft nach außen als bestehend zu betrachten ist. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dies zu bejahen (Lehmann, Lehrb., S. 293), denn aus § 6.

Digitized by Google

denselben ergibt sich, daß der Erklärende den Inhalt seiner Erklärung gegen sich gelten lassen muß; war die Erklärung allgemein und öffentlich, so ist auch die Kraft derselben eine allgemeine. Es ist daher Behrend (§ 71) zuzustimmen, wenn er sagt: „Wird die Absicht des Geschäftsbeginnes von sämtlichen Gesellschaftern oder doch mit deren Zustimmung durch allgemeine an das Publikum gerichtete Erklärungen kundgegeben, so tritt die Gesellschaft unmittelbar mit dieser Kundgebung ins Leben, ohne daß der Abschluß eines einzelnen Geschäftes erforderlich ist." Aber die Erklärung muß, wie Behrend richtig hervorhebt, von allen Gesellschaftern oder doch mit ihrer Zustimmung erfolgt sein. Wer unbefugt das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft öffentlich erklärt, macht nur sich selbst nach Maßgabe dieser Erklärung analog dem Art. 55 haftbar (ROHG. 13, S. 375; 24, S. 320; vergl. RG. 6, S. 214). Dieser Grundsatz greift auch dann Platz, wenn man einen anderen als seinen Sozius bezeichnet, in welchem Falle man für seine Handlungen nach Maßgabe des Art. 114, Abs. 2 haftet (ROHG. 15, S. 21), und wenn dieser es duldet, daß er in einem Zirkular als offener Gesellschafter bezeichnet wird, haftet er solidarisch für die von dem anderen kontrahierten Schulden. Vergl. auch RG. 31, S. 39: Tritt der stille Gesellschafter allgemein als Mitinhaber auf, so steht dies der Kundgebung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft gleich; einer solchen Kundgebung kann der Dritte vertrauen.

§ 7. **Zusatz 2.** Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages (vergl. Einleitung zu Art. 125) oder das Fehlen eines wirklich bestehenden Gesellschaftsverhältnisses kann Dritten gegenüber, die sich auf das Vorliegen des Tatbestandes des Art. 110 denjenigen gegenüber, die diesen Tatbestand freiwillig gesetzt haben, berufen, nicht eingewendet werden (vergl. RG. 40, S. 146). Diejenigen, mit deren Einverständnis ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Gesellschaftsverhältnis Dritten gegenüber kundgegeben wurde, können sich nicht auf die zivilrechtliche Ungültigkeit des Gesellschaftsverhältnisses, z. B. wegen vorhandener Willensmängel, berufen. (OLG. Stuttgart, SeuffA. 54, Nr. 234). Eine Ausnahme findet dann statt, wenn die Ungültigkeit in der Handlungsunfähigkeit eines Beteiligten ihren Grund hat. Der Wille des Handlungsunfähigen, dem Verkehr gegenüber in einer bestimmten Weise aufzutreten, ist rechtlich unerheblich, kann daher auch keine Haftung nach sich ziehen (zustimmend Staub [8], Anm. 11 zu § 123). Geschützt wird nur derjenige, der auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses vertraut. Kenntnis des Dritten, daß trotz des äußeren Scheines einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter keine solche bilden wollen, schließt daher die Anwendung dieses Artikels aus (Staub [8], a. a. O.); z. B. wenn der Dritte wußte, daß der als Gesellschafter auftretende sich hiezu nur infolge betrügerischer Vorspiegelungen oder verübten Zwanges herbeigelassen hat. Nur derjenige, der wissentlich den Tatbestand eines nicht bestehenden Gesellschaftsverhältnisses erzeugt hat, z. B. deshalb, damit sein Name in die Gesellschaftsfirma aufgenommen werden kann, darf sich auch demjenigen gegenüber, dem das tatsächliche Verhältnis bekannt ist, nicht auf seinen dolus berufen (vergl. zu diesem Punkte Randa, II., S. 73, N. 75).

§ 8. **Zusatz 3.** Gegen Dritte können sich diejenigen, die den Tatbestand einer in Wirklichkeit nicht bestehenden offenen Handelsgesellschaft gesetzt haben, nicht auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses berufen (vergl. Staub [8], Anm. 19 zu § 123). Der Dritte, dessen Rechtssphäre durch das angebliche Gesellschaftsverhältnis berührt wird, kann dessen Nichtbestand einwenden (vergl. § 7 zu Art. 85). Dagegen kann der Dritte nicht zivilrechtliche Mängel des Gesellschaftsvertrages, deren Geltendmachung überhaupt nur den Beteiligten zusteht, geltend machen. Niemand kann den rechtsmäßigen Bestand einer Gesellschaftsfirma mit

Digitized by Google

dem Hinweis bestreiten, daß ein Gesellschafter zur Eingehung des Verhältnisses durch Betrug oder Zwang veranlaßt wurde oder daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Verteilung von Gewinn und Verlust der zivilrechtlichen Gültigkeit entbehren.

Artikel 111.

Die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat.

Einleitung.

Der Artikel statuiert eine gewisse juristische Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft auf dem Gebiete des materiellen Rechtes und im Prozesse.

§ 1. I. **Die juristische Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft** auf dem Gebiete des **materiellen** Rechtes wird nicht in der Weise statuiert, daß die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft ausgesprochen wird — vielmehr wird mit Absicht diese Frage weder bejaht noch verneint (P. 155, 160) — sondern in der Weise, daß die verschiedenen rechtlichen Beziehungen, in welchen sie selbständig auftreten kann, bezeichnet werden. Zur juristischen Person wird die Handelsgesellschaft durch diese Bestimmung nicht, vielmehr sind die Gesellschafter in ihrer Vereinigung die Subjekte der hier erwähnten Rechte und Verpflichtungen (vergl. § 2 zu Art. 85). Aus diesem Grunde wird auch eine Eintragung der Gesellschaft in das Grundbuch nicht stattfinden können, wenn den einzelnen Gesellschaftern die Grundbuchsfähigkeit mangelt (Krainz-Ehrenzweig, § 80; Canstein, I., S. 435)[1]) und ist die Anfechtung des mit der Gesellschaft geschlossenen Geschäftes nach § 3, Z. 4 AnfG. möglich, wenn das Verwandtschaftsverhältnis auch nur mit einem Gesellschafter bestand (RG. bei SeuffA. 55, Nr. 170). Die Firma bezeichnet die Gesellschafter, insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt, sich dadurch zu Miteigentümern eines Vermögens gemacht haben, an dem ihnen nur gebundene Miteigentumsanteile zustehen, und welches lediglich den Zwecken der Gesellschaft gewidmet, ihrer Privatverfügung entzogen und der ausschließlichen Disposition der Gesellschaftsorgane, sowie dem ausschließlichen Zugriffe der Gesellschaftsgläubiger untersteht.

Die einzelnen rechtlichen Beziehungen, in welchen die Selbständigkeit der Handelsgesellschaft hervortritt, sind nach dem vorstehenden Artikel:

§ 2. a) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen,** nicht etwa Rechte aller Art und Pflichten aller Art, sondern nur Privatrechte und privatrechtliche Verpflichtungen und nur solche, welche dem Wesen der Gesellschaft nicht zuwider sind. So kann sie z. B. nicht Delikte begehen (über Haftung für Delikte vergl. jedoch § 5 zu Art. 114). Die testamenti factio passiva ergibt sich aus § 538 ABGB., da die Handelsgesellschaft fähig ist, Vermögen zu erwerben. Urheberrechte können ihr als Herausgeber im Sinne des § 8 Urhebergesetz zustehen. Auch als Generalbevollmächtigter kann eine

[1]) Die juristische Konsequenz würde dazu führen, daß die offene Handelsgesellschaft auch kein Gewerbe betreiben kann, zu dessen Betriebe nicht alle Gesellschafter befähigt sind. Das Gesetz hat aber diese logische Konsequenz durchbrochen (vergl. Exkurs zu Art. 85).

Digitized by Google

Handelsgesellschaft bestellt werden (vergl. § 1023 ABGB. und Ofner, II., S. 410).

§ 3. b) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Eigentum und dingliche Rechte an Grundstücken erwerben**, was dem Einzelkaufmanne unter seiner Firma versagt ist (§ 6 zu Art. 15; vergl. z. B. RG. 17, S. 1, Erwerb des Nießbrauchsrechtes durch die offene Handelsgesellschaft). Nach dem HGB. sind grundbücherliche Eintragungen zu Gunsten der Gesellschaft von der vorangegangenen Firmenregistrierung nicht abhängig.

§ 4. II. **Die Gesellschaft im Prozesse.** Die Gesellschaft kann unter Firma vor Gericht klagen und geklagt werden. Das ist zwar kraft eines Handelsgewohnheitsrechtes auch beim Einzelkaufmann zulässig (Exkurs zu Art. 15). Kraft dieses gewohnheitsrechtlichen Satzes steht aber dem Einzelkaufmann nur die Befugnis zu, unter einem von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Namen zu klagen und verklagt zu werden, während der Schwerpunkt des Art. 111 darin gelegen ist, daß der offenen Handelsgesellschaft überhaupt die Fähigkeit zu klagen oder geklagt zu werden, zugesprochen wird (vergl. Staub [8], Anm. 5 zu § 124).

A. **Der Gesellschaftsprozeß.** Die **rechtliche** Bedeutung der Vorschrift des Art. 111 besteht darin, daß der offenen Handelsgesellschaft, trotzdem ihr die juristische Persönlichkeit und Rechtssubjektivität mangelt, die Parteifähigkeit zuerkannt wird. Für den Bereich des Prozeßrechtes wird die eine offene Handelsgesellschaft darstellende Personenvereinigung so behandelt, als wenn sie eine juristische Person bilden würde. Im Prozesse tritt nicht die materielle Rechtslage hervor, daß Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Wahrheit Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter sind. Der äußere Anschein einer juristischen Person, der darin besteht, daß die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, ist entscheidend, wenn ein von den Gesellschaftern erworbenes Recht, eine von ihnen eingegangene Verbindlichkeit klagsweise geltend gemacht wird.[2])

---

[2]) Eine eingehende Erörterung des Problems der „Parteifähigkeit" der offenen Handelsgesellschaft ist in Rahmen dieses Kommentars nicht möglich. Aus der Literatur vergl. die Zusammenstellungen bei Horten, Zivilpr., S. 5; Schultze, WZ. 28, S. 518 ff.; und besonders Wach, Handb. I., S. 522 ff.; Schäfer bei Gruchot 38, S. 800 ff.; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 235 ff.; für Österreich: Tilsch, S. 39; Eckstein, Die Intervention, S. 220; Skedl, S. 138; Canstein, Zivilpr. 390, R. Pollak, Zivilpr., S. 133; Horten, Zivilpr. I., S. 11, der übrigens die nähere Erörterung der Frage der Erläuterung des Art. IV. EinfG. zur ZPO. vorbehalten hat. Hier sei nur folgendes bemerkt: Wachs Lehre von der bloß formellen Parteifähigkeit der die 5. Aufl. dieses Werkes und auch Staub [8] gefolgt sind, hat in der Literatur wenig Anhänger gefunden, ist auch an den genannten Orten nicht konsequent durchgeführt worden (vergl. Hellwig a. a. O. passim). Der Sache nach auf demselben Standpunkt stehen, wenn auch unter Verwerfung des Begriffes der formellen Parteifähigkeit, diejenigen, die als Parteien im Gesellschaftsprozesse die unter einem einheitlichen Namen, der Firma, zusammengefaßten Gesellschafter ansehen. Diese Auffassung beherrscht die Judikatur der deutschen Gerichte. Für das österreichische Recht vertritt diese Auffassung R. Pollak a. a. O. und der OGH. bei AblCl. 2408, wohl auch bei AblCl. 2203. Daß § 373 ZPO., wonach im Gesellschaftsprozesse alle, nicht nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter in Bezug auf die Parteienvernehmung als Parteien zu behandeln sind, nur ein schwaches Argument für diese Auffassung bietet, gibt R. Pollak selbst zu. Hiezu mag bemerkt werden, daß § 373, Abs. 3 das Gleiche auch bezüglich der gesetzlichen Vertreter eines Vereines bestimmt, diese aber doch gewiß nicht Partei sind (vergl. auch Skedl, S. 125, Nr. 3). Nicht überzeugend erscheint aber auch R. Pollaks Berufung auf § 11 EO.; nach dieser Gesetzesstelle kann ja auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten Urteiles auch gegen den Gesellschafter Exekution geführt werden, der bereits zur Zeit der Klageanstellung ausgetreten war, der daher gewiß nicht als Partei angesehen werden kann. Die hier abgelehnte Auffassung mußte zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß nach

Digitized by Google

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

α) Die Parteifähigkeit der Gesellschaft **beginnt**, sofern der Tatbestand einer offenen Handelsgesellschaft vorliegt, sobald mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinsamer Firma betreiben. Registrierung der Gesellschaft ist keine Voraussetzung für deren Parteifähigkeit (AdlCl. 1740; R. Pollak, Zivilpr., S. 132; a. M. AdlCl. 1606), wohl aber die Steuerleistung im Sinne des § 7 EinfG.[3]) Die Parteifähigkeit **dauert** auch fort, wenn eine der Tatsachen eingetreten ist, die nach dem Gesetze die Auflösung der Gesellschaft bewirkt, solange als noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist; so lange besteht die Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft fort, mag auch die Firma früher zu Unrecht gelöscht worden sein (vergl. § 1 zu Art. 133). Art. 147 bietet einen Beleg für diese Ansicht (vergl. Frankl, S. 27; Canstein, I., S. 429). **§ 5.**

β) Die Gesellschaft ist **parteifähig**, aber **nicht prozeßfähig** (RG. 14, S. 20; 45, S. 342; 12, S. 399). Sie ist Prozeßsubjekt, kann aber nicht selbst Prozeßhandlungen vornehmen (Skedl, S. 149). Als gesetzliche Vertreter schreiten die vertretungsbefugten Gesellschafter ein (Skedl, S. 159; ganz a. M. Hellwig a. a. O., S. 275). Diese müssen auch auf Verlangen angegeben werden (§§ 75, Z. 1, 417, Z. 2 ZPO.; vergl. OLG. Hamburg bei SeuffA. 56, Nr. 167). § 6 ZPO. (amtswegige Beachtung des Mangels des gesetzlichen Vertreters) und § 8 ZPO. (Bestellung eines Kurators für eine prozeßunfähige, eines gesetzlichen Vertreters entbehrende Person) finden Anwendung. § 8 ZPO. ist nicht auf physische Personen beschränkt (Horten, Zivilpr., N. 122). **§ 6.**

Über widersprechende Erklärungen seitens mehrerer Kollektivvertreter siehe § 3 zu Art. 117.

Ist die offene Handelsgesellschaft nicht durch eine mit Prozeßvollmacht ausgestattete Person vertreten, so tritt bei Wegfall eines

---

Anstellung der Klage gegen die Gesellschaft der einzelne auf Grund seiner Solidarhaft in Anspruch genommene Gesellschafter die Streitanhängigkeit einwenden könnte. — Die Auffassung des Textes schließt an Hellwigs Formulierung, daß die Gesellschaft im gewissen Sinne prozessual wie eine juristische Person behandelt wird (S. 270) an; nur sieht Hellwig als das reale Substrat, an das die Fiktion der Persönlichkeit anknüpft, das Gesellschaftsvermögen an (dieser Auffassung scheint sich auch Horten zu nähern), während hier dieses reale Substrat in der Personenvereinigung erblickt wird. Der Personifizierung des Gesellschaftsvermögens als Sondervermögen für den Bereich des Prozesses steht einmal das Bedenken gegenüber, daß das Vermögen der Handelsgesellschaft im Gesetze in sehr geringem Maße als Sondervermögen rechtlich ausgestaltet erscheint, viel weniger als die Konkursmasse, die Hellwig derselben Kategorie wie das Gesellschaftsvermögen unterstellt. Im Konkurse und auch bei der Zwangsverwaltung findet eine rechtlich geschützte Sonderung des Vermögens des Kridatars oder Verpflichteten in zwei Massen statt. Die eine dient den Interessen der Konkursgläubiger bezw. der die Verwaltung betreibenden Gläubiger, die andere den Interessen des Kridatars oder Verpflichteten. Art. 119 schafft bezüglich des Gesellschaftsvermögens keine solche scharfe Interessensonderung; er hindert ja die Subjekte des Gesellschaftsvermögens nicht, dieses Vermögen durch Aufteilung den Gesellschafts- und Privatgläubigern in gleicher Weise zugänglich zu machen. Hellwigs Auffassung führt schon zu Schwierigkeiten, wenn zur Zeit des Gesellschaftsprozesses ein Gesellschaftsfonds noch gar nicht konstituiert ist, und versagt bei Prozessen, die kein Vermögensobjekt zum Gegenstande haben und deren Entscheidung unmittelbar den Stand des Gesellschaftsvermögens nicht berührt (Prozesse um das Recht an einem Unternehmenskennzeichen, etwa im Verwaltungsverfahren auszutragende Streitigkeiten um das Bestehen eines Wahlrechtes).

[3]) Sonst liegt keine offene Handelsgesellschaft vor. Die Parteifähigkeit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, zu der auch die sogenannte Kleinhandelsgesellschaft gehört, wird von der herrschenden Lehre verneint (vergl. u. a. Canstein, S. 655, a. M.; Horten, Zivilpr., N. 8; vergl. übrigens Ofner II, S. 120).

Digitized by Google

vertretungsbefugten Gesellschafters eine Unterbrechung des Verfahrens nach § 158 ZPO. nur ein, wenn kein vertretungsbefugter Gesellschafter mehr übrig bleibt oder die zur Kollektivvertretung notwendige Anzahl vertretungsbefugter Gesellschafter nicht mehr vorhanden ist; jedoch auch unter diesen Voraussetzungen nur dann, wenn der Fortfall der Vertretungsbefugnis nicht auf die Willkür der Gesellschafter zurückzuführen ist (Tod, Handlungsunfähigkeit des vertretungsbefugten Gesellschafters). § 158 ZPO. ist zwar nicht bloß auf physische Personen anwendbar (Horten, Zivilpr., Nr. 1370), kann aber nicht dazu führen, daß nicht zu den physischen Personen gehörende Prozeßparteien durch willkürliche Änderungen in der Person ihrer Organe den Gang des Prozeßverfahrens verzögern (daher im Ergebnis richtig GlUNF. 1653, ebenso, wenn auch auf Grund anderer Erwägungen, Hellwig, S. 280, N. 3).

γ) Eine **Ausdehnung** der gegen die Gesellschaft erhobenen Klage auf die einzelnen Gesellschafter ist unzulässig (Hellwig, S. 278).

§ 7. δ) Der **allgemeine Gerichtsstand** der Gesellschaft bestimmt sich nach deren Sitz (Art. 111, Abs. 2; § 75 JN.) ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Gesellschafter. Die im Gesetze normierten Sondergerichtsstände finden in gleicher Weise wie auf physische Personen Anwendung.

§ 8. ε) Das **Armenrecht** kann nur physischen Personen erteilt werden (Horten, Zivilpr., N. 704; R. Pollak, Zivilpr., S. 174), daher keiner offenen Handelsgesellschaft (Arend, Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft, S. 31; OLG. Dresden, SeuffA. 50, Nr. 278; RG. bei SeuffA. 57, Nr. 164; a. M. RG. bei SeuffA. 54, Nr. 53). Über aktorische Kaution siehe § 4 zu Art. 86.

§ 9. ζ) Bei der **Vernehmung als Partei** sind sämtliche Gesellschafter, nicht nur die vertretungsberechtigten, als Partei zu behandeln (§ 373, Abs. 3 ZPO.). Die Gesellschafter sind daher unfähig, im Gesellschaftsprozesse eine Zeugenaussage abzulegen.

§ 10. η) Im Gesellschaftsprozesse kann der Gesellschafter als **Nebenintervenient** auftreten. Die in § 17 ZPO. aufgestellten Voraussetzungen: rechtliches Interesse am Siege der Gesellschaft (vergl. § 11 EO. und unten § 15ff.), sowie Verschiedenheit von der Prozeßpartei sind vorhanden. Für die Zulässigkeit der Nebenintervention des Gesellschafters im Gesellschaftsprozesse: RG. 5, S. 71; 34, S. 363; Skedl, S. 356; Eckstein, S. 252; Canstein, S. 490; Horten, Zivilpr., N. 9; a. M. Kirschbaum, GH. 1898, S. 156 und R. Pollak, Zvilpr., S. 143, in konsequenter Durchführung seiner Ansicht, daß der Gesellschafter im Gesellschaftsprozesse Partei sei. Ist der Gesellschafter als Nebenintervenient beigetreten, so findet auf ihn die Bestimmung des § 20 ZPO. Anwendung (Horten, Zivilpr., N. 9; vergl. unten § 20). Der dem Passivprozesse der Gesellschaft als Intervenient beitretende Gesellschafter kann nur solche Verteidigungsmittel vorbringen, die zur Abweisung der gegen die Gesellschaft erhobenen Klage geeignet sind. Zu seiner Individualverteidigung gibt ihm die Intervention keine Gelegenheit (vgl. Kirschbaum, GH. 1898, S. 168); der Weg zur Geltendmachung der Individualverteidigung ist ihm in §§ 11, 36 EO. vorgezeichnet (vergl. unten § 15ff).

§ 11. ϑ) Einfluß von **Änderungen im Gesellschaftsverhältnisse** auf den schwebenden Prozeß:

Digitized by Google

αα) Der Eintritt von Gesellschaftern hat keinen Einfluß auf den Prozeß, ebensowenig der Austritt unter der Voraussetzung, daß noch eine **Gesellschaft** übrig bleibt (vergl. Hellwig, S. 283; RG. 45, S. 342). Über den Fall, daß nach Austritt eines Gesellschafters nur mehr ein das gesellschaftliche Geschäft als Einzelkaufmann fortsetzender Gesellschafter übrig bleibt vergl. unten § 13.

ββ) Die Liquidation als solche hat keinen Einfluß auf den Prozeß. **§ 12.** Die offene Handelsgesellschaft bleibt ja während des Liquidationsstadiums bestehen; die Prozeßpartei ist nicht weggefallen. Eine Unterbrechung des Verfahrens nach § 158 ZPO. tritt durch die Liquidation nur dann ein, wenn die offene Handelsgesellschaft durch keine mit Prozeßvollmacht ausgestattete Person vertreten war und außerdem zu Liquidatoren andere Personen als die bisher zur Vertretung befugten Gesellschafter berufen werden. Nur dann liegt der in § 158 ZPO. vorgesehene Fall des Aufhörens der Vertretungsbefugnis vor (Horten, Zivilpr., N. 1370; Hellwig, S. 287; RG. 34, S. 362; a. M. Staub [8], Anm. 18 zu § 124). Tritt die Auflösung infolge Konkurses ein, so findet allerdings eine Unterbrechung statt (vergl. § 159 ZPO. und Horten, Zivilpr., N. 1375ff.); hiebei ist aber der Umstand, daß eine offene Handelsgesellschaft Prozeßpartei ist, ohne Belang.

γγ) Tritt im Laufe des Prozesses wirkliche Auflösung der offenen **§ 13.** Handelsgesellschaft ein, sei es nach vorangegangener Liquidation, sei es ohne eine solche, so ist mit Hellwig (S. 289ff.) zu unterscheiden: Bildet den Streitgegenstand eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Sache oder ein solches Recht — dies ist stets der Fall, wenn die Gesellschaft einen vermögensrechtlichen Anspruch klagsweise geltend macht — so besteht trotz Auflösung für den Prozeß die Gesellschaft weiter. § 234 ZPO. findet entsprechende Anwendung; was dort von der Veräußerung der res litigiosa gesagt ist, gilt auch für die Umwandlung des gebundenen in freies Miteigentum; diese ist für den Prozeß als nicht erfolgt anzusehen; für den Prozeß besteht weiter ungeteiltes Gesellschaftsvermögen (vergl. oben § 5). Betrifft die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage kein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Vermögensobjekt oder betrifft der von der Gesellschaft anhängig gemachte Rechtsstreit kein Objekt des Gesellschaftsvermögens, so ist mit der wirklichen Auflösung der Gesellschaft die eine Prozeßpartei weggefallen; es entfällt die Möglichkeit, ein siegreiches Urteil gegen die beklagte oder klagende Prozeßpartei zu erlangen. Der Prozeß kann nicht etwa gegen die früheren Gesellschafter fortgesetzt werden, noch können diese ihn fortsetzen (Hellwig, S. 290; anders AdlCl. 2203, und insbesondere AdlCl. 2408, von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß Parteien im Gesellschaftsprozesse die Gesellschafter sind). Gegen die Gesellschafter kann auf Grund ihrer Solidarhaft eine neue Klage angestrengt werden; hiebei kann auch der Ersatz der im früheren Prozesse gegen die Gesellschaft aufgelaufenen Kosten begehrt werden, jedoch nicht als ein Teil der Kosten des neuen Prozesses, sondern als Teil des Streitgegenstandes. Als ein Fall der vollständigen Auflösung unter Beseitigung des Gesellschaftsvermögens ist auch die Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven

Digitized by Google

durch einen Gesellschafter anzusehen; das Gesellschaftsvermögen ist hier Alleineigentum des übernehmenden Gesellschafters geworden; es liegt kein ungeteiltes Gesellschaftsvermögen mehr vor (Hellwig, S. 292, Staub[8], Anm. 20 zu § 124). Die aufgelöste Gesellschaft und der das Geschäft fortführende Gesellschafter, auch wenn er die Firma der Gesellschaft beibehält, sind zwei verschiedene Prozeßparteien, die nur den gleichen Namen führen. Gegen den Übernehmer kann daher weder der gegen die Gesellschaft begonnene Prozeß fortgeführt werden, noch kann er in diesen eintreten (RG. 35, S. 389, 46, S. 41).

§ 14. B. **Die Wirkungen des im Gesellschaftsprozesse erflossenen Urteiles:**

a) **Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit.** Hierüber disponieren jetzt die §§ 11, 36 EO.

§ 11: „Auf Grund des gegen eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft erwirkten Exekutionstitels kann unmittelbar in das Vermögen der einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter Exekution bewilligt werden, wenn durch Vorlage eines Handelsregisterauszuges bewiesen wird, daß derjenige, wider welchen die Exekution geführt werden soll, zur Zeit noch der Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter angehört.

Wenn auf Grund eines solchen Exekutionstitels erst nach Auflösung der Gesellschaft gegen einen der früheren Gesellschafter, oder wenn während des Bestandes der Gesellschaft wider einen schon früher aus der Gesellschaft ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafter Exekution begehrt wird, desgleichen wenn auf Grund des gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft erwirkten Exekutionstitels in das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft Exekution geführt werden soll, so hat der Entscheidung über den Exekutionsantrag eine Einvernehmung des Verpflichteten oder der zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Personen über die Haftungsfrage vorauszugehen."

§ 36: „. . . . . 2. wenn er (der Verpflichtete) bestreitet, daß er der Gesellschaft, wider die der Exekutionstitel erwirkt wurde, als persönlich haftender Gesellschafter angehörte, oder wenn er Einwendungen erhebt, die ihm wider den betreibenden Gläubiger aus dessen Person zustehen; . . . . . so hat er seine bezüglichen Einwendungen, falls sie nicht mittels Rekurs gegen die Exekutionsbewilligung angebracht werden können, im Wege der Klage geltend zu machen."

§ 15. 1. Auf Grund eines gegen eine offene Handelsgesellschaft erwirkten Urteiles kann gegen die zur Zeit der Anbringung des Exekutionsgesuches der Gesellschaft angehörenden Gesellschafter die Exekution bewilligt werden, wenn durch einen Handelsregisterauszug bewiesen wird, daß sie zu dieser Zeit der Gesellschaft angehören. Das Gesetz erwähnt nicht, was zu geschehen hat, wenn die Firma der Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen ist, daher ein Handelsregisterauszug nicht zu beschaffen ist; natürlich wird vorausgesetzt, daß gemäß § 7 EinfG. zum HGB. die Verpflichtung zur Firmenregistrierung besteht, sonst liegt überhaupt keine offene Handelsgesellschaft vor. Ist nun eine solche zur Registrierung ihrer Firma ins Handels-

Digitized by Google

register verpflichtete Gesellschaft zu Unrecht ins Handelsregister nicht eingetragen, so wird nach Analogie des zweiten Absatzes des § 11 EO. eine Einvernehmung des Gesellschafters, gegen den der Exekutionsantrag gerichtet ist, der Exekutionsbewilligung vorangehen müssen. — (Dagegen Neumann, Kommentar zur Exekutionsordnung, S. 76.)

2. Gehört der öffentliche Gesellschafter, gegen welchen auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten Exekutionstitels die Exekution begehrt wird, zur Zeit der Anbringung des Exekutionsantrages nicht mehr der Gesellschaft an, sei es, daß die Gesellschaft bereits aufgelöst oder der Gesellschafter aus der fortbestehenden Gesellschaft ausgeschieden ist oder ausgeschlossen wurde, so hat eine Einvernehmung desselben über die Haftungsfrage der Exekutionsbewilligung vorangehen. In diesem Falle wurde die Zulässigkeit der unmittelbaren Exekution in das Vermögen des Gesellschafters für bedenklich gehalten, weil durch den Exekutionstitel das Nichtvorhandensein konkurrierender Haftungsausschließungsgründe nicht sichergestellt sei, insbesondere die Möglichkeit der zu Gunsten des betreffenden Gesellschafters eingetretenen Verjährung offen bleibe (Mat., I., S. 472). Durch die Worte über die „Haftungsfrage" ist der Gegenstand der Einvernehmung genau bestimmt und begrenzt. Die Einfügung dieser Worte erfolgte erst über Antrag des Permanenzausschusses. In dessen Berichte heißt es: „Es soll nämlich bei der bezogenen Verhandlung nicht etwa über den Bestand der Forderung, ihre Fälligkeit usw. eine Erörterung stattfinden; nur jene Umstände sollen Gegenstand der Einvernehmung sein, welche das Verbindungsglied zwischen dem im Exekutionstitel und dem im Exekutionsantrage bezeichneten Verpflichteten darstellen" (Mat., II., S. 11). Die Einvernehmung erfolgt nach Vorschrift des § 55 EO.; bei Ausbleiben des zur Einvernehmung geladenen Gesellschafters tritt die Kontumazialfolge des § 56 EO. ein (Schauer, Note 2 zu § 11 EO.). **§ 16.**

3. Gegen die Exekutionsbewilligung stehen dem Gesellschafter zwei Rechtsmittel offen: der Rekurs und die mittels Klage nach § 36 Z. 2 EO. einzubringenden Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung. **§ 17.**

Der Rekurs gegen den die Exekution bewilligenden Beschluß steht dem Gesellschafter nur dann zu, wenn der Beschluß schon auf Grund der Aktenlage sich als ungesetzlicher darstellt, da im Rekurse neue Tatumstände und Beweise in dem Falle, daß zu deren Vorbringung der Klageweg vorgeschrieben ist, auch dann nicht vorgebracht werden dürfen, wenn der Rekurrent in erster Instanz nicht gehört wurde (R. Pollak, Zivilpr., S. 460).

Der Rekurs wäre z. B. statthaft, wenn schon aus dem vom betreibenden Gläubiger beigebrachten Handelsregisterauszuge erhellen würde, daß der Gesellschafter, gegen den die Exekution bewilligt wurde, zur Zeit der Einbringung des Exekutionsgesuches nicht mehr Mitglied der Gesellschaft war.

Die mittels Klage einzubringenden Einwendungen gegen die Exekutionsbewilligung kann der Gesellschafter ent-

Digitized by Google

weder auf die Behauptung, daß er der Gesellschaft nicht angehört, oder auf Haftausschließungsgründe, die er gegenüber der Person des betreibenden Gläubigers geltend machen kann, stützen. Ist die Nichtzugehörigkeit zur Gesellschaft aus dem vorgelegten Handelsregisterauszuge ersichtlich, so konkurriert die Klage mit dem Rekurse gegen die Exekutionsbewilligung (Fragenbeantwortung zu § 36 EO.; die Frage ist übrigens bestritten). Wird aber die Nichtzugehörigkeit zur Gesellschaft auf Umstände gestützt, die aus dem Handelsregisterauszuge nicht ersichtlich waren, so ist der Gesellschafter wegen des oberwähnten Neuerungsverbotes allein auf die Klage nach § 36 Z. 2 EO. angewiesen. Der Gesellschafter kann dann im Prozesse nachweisen, daß der Auszug nicht dem Register oder das Handelsregister nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, muß aber den weiteren Nachweis erbringen, daß dem Gläubiger die nicht eingetragene Tatsache des Austrittes bekannt war (Neumann, Kommentar zu § 36), und zwar zur Zeit der Entstehung der vollstreckbaren Forderung. Wenn sich ergibt, daß der Gesellschafter zwar früher, aber nicht mehr zur Zeit der Exekutionsbewilligung Mitglied der Gesellschaft war, so wird der betreibende Gläubiger mit der exceptio doli durchdringen, daß trotz Ausscheidens des Gesellschafters nach dem HGB. seine Haftung für die vollstreckbare Forderung fortbesteht; denn in diesem Falle kann auch gemäß § 11, Abs. 2, die Exekution gegen den ehemaligen Gesellschafter auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten Urteiles bewilligt werden.

Eine besondere Klage, mittels welcher gegen die Exekutionsbewilligung wegen persönlicher Haftungsausschließungsgründe Widerspruch erhoben werden kann, wurde dem Gesellschafter erst über Beschluß der gemeinsamen Konferenz gewährt. Dieselbe wollte die Strenge des § 11 EO. mildern und hielt die Bestimmung des § 35 EO. mit Recht nicht für ausreichend. Nicht ganz zutreffend wird allerdings in dem gemeinsamen Berichte zur Begründung der neu eingeführten Bestimmung angeführt, „daß der Verpflichtete nicht notwendig in dem Prozesse, aus welchem der Exekutionstitel hervorging, Gelegenheit gehabt haben muß, die ihm wider den Gläubiger zustehenden Einwendungen zur Geltung zu bringen". Der Gesellschafter kann ja nie Gelegenheit haben, im vorangegangenen Prozesse persönliche Einwendungen gegen den Gesellschaftsgläubiger zur Geltung zu bringen, auch wenn er dem Prozesse als Nebenintervenient beigetreten ist; der Richter kann ihn ja mit diesen persönlichen Einwendungen, da sie die Entscheidung des Rechtsstreites, in dem die Gesellschaft Partei ist, nicht berühren, gar nicht hören (vergl. Kirschbaum, GH. 1898, S. 168).

§ 18. 4. Die Klage zur Geltendmachung von Einwendungen gegen den vollstreckbaren Anspruch im Sinne des § 35 EO. steht dem Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen zu. Bei der Entscheidung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Gesellschafter die den Anspruch aufhebenden oder hemmenden Tatsachen im vorausgegangenen Prozeßverfahren geltend machen konnte, wird es allerdings von Bedeutung sein, ob der Gesellschafter am Gesellschaftsprozesse teilgenommen hat oder nicht.

Digitized by Google

5. Lautet das Urteil gegen einen Gesellschafter, so ist das- § 19.
selbe in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar, wenn es in Angelegenheiten der Gesellschaft erflossen ist, also wenn die Klage gegen den Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft für Gesellschaftsschulden angestrengt wurde. Diese Voraussetzung muß durch Einvernehmung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters festgestellt sein. Die Tragweite dieser Bestimmung reicht weiter, als der Gesetzgeber sich wohl gedacht haben mochte. Sie führt im Ergebnis dazu, daß jeder, auch der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter mittelbar im stande ist, über das Gesellschaftsvermögen zu disponieren. Im Gesellschaftsprozesse kann die Gesellschaft nur durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten werden, muß aber jedes gegen irgend einen Gesellschafter erwirkte Urteil gegen sich gelten lassen, wenn nur feststeht, daß dieses Urteil auf Grund einer Gesellschaftsschuld erflossen ist.

b) **Hinsichtlich der Rechtskraft.** Die im Gesellschaftsprozesse erfolgte rechts- § 20.
kräftige Feststellung, daß der von der Gesellschaft oder gegen sie erhobene Anspruch besteht oder nicht besteht, wirkt für und gegen alle Gesellschafter, für die das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Anspruches bedeutsam wird. Bezüglich der rechtskräftig festgestellten Gesellschaftsschuld folgt dies aus §§ 11, 36 EO., nach denen der Gesellschafter sich gegen die Zwangsvollstreckung nur im Wege der Individualverteidigung (RG. 13, S. 97), nicht mehr durch Bestreitung, daß die Gesellschaft schuldet, wehren kann (richtig R. Pollak, Zivilpr., S. 134, gegen Skedl, S. 126, und die vorige Auflage dieses Werkes). Die Rechtskraft, die die §§ 11, 36 EO. für die von ihnen geregelten Fälle voraussetzen, kommt dem im Gesellschaftsprozesse erflossenen Urteile in allen Fällen zu. Der klagende Gesellschafter, gegen dessen Klageforderung eine im Gesellschaftsprozesse bereits rechtskräftig festgestellte Gesellschaftsschuld in Aufrechnung gebracht wird (§ 3 zu Art. 121), kann gegen die Kompensationseinwendung nur persönliche Befreiungsgründe geltend machen. Ebenso der Gesellschafter, der wegen einer Schuld beklagt wird, zu deren Zahlung die Gesellschaft bereits rechtskräftig verurteilt ist. Die Befugnis des Gläubigers, nach § 11 EO. vorzugehen, schließt eine solche Klage nicht aus, und ebensowenig steht dem auf Grund seiner Solidarhaft belangten Gesellschafter, solange der Prozeß gegen die Gesellschaft anhängig ist, die Einrede der Streitanhängigkeit zu (anders RG. bei SeuffA. 57, Nr. 92, dort auch weitere Belege aus der zum großen Teil auf dem Boden der „formellen Parteifähigkeit" stehenden deutschen Judikatur). Ist die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen worden, so steht jedem Gesellschafter, der wegen des aberkannten Anspruches auf Grund seiner Solidarhaft nochmals belangt wird, die exceptio rei judicatae zu (RG. 5, S. 70; 34, S. 365; SeuffA. 57, Nr. 92). Aus § 11, Abs. 2 EO. folgt aber auch, daß die Gesellschaft, die wegen einer Schuld belangt wird, zu deren Zahlung ein Gesellschafter bereits auf Grund seiner Solidarhaft verurteilt wurde, nur einwenden kann, daß das gegen den persönlich haftenden Gesellschafter erflossene Urteil keine Gesellschaftsschuld zum Gegenstande hatte.

Diese Grundsätze finden auch auf die Feststellungen im Gesell- § 21.
schaftskonkurse Anwendung. Ist eine Forderung im Gesellschafts-

Digitized by Google

konkurse vom Masseverwalter anerkannt, so kann sie gegen jeden Gesellschafter, der dieselbe nicht bestritten hat, in dessen nach der Konkurseröffnung erworbenes Vermögen vollstreckt werden (§§ 55 und 119 KO. in Verbindung mit § 11 EO.; vergl. Frankl, S. 37). Ist im Gesellschaftskonkurse eine Forderung gegen die Gesellschaft festgestellt, so kann sie im Konkurse der Gesellschafter nicht mehr bestritten werden (§ 201 KO.). Frankl, S. 60, legt diesen Rechtssatz mit vollem Rechte einschränkend dahin aus, daß im Privatkonkurse des Gesellschafters bloß das Bestreiten der im Gesellschaftskonkurse festgestellten Gesellschaftsschuld als solcher, nicht aber die Individualverteidigung des einzelnen Gesellschafters auf Grund persönlicher Befreiungsgründe unzulässig sei; wird aus solchen persönlichen Gründen im Privatkonkurse des Gesellschafters die im Gesellschaftskonkurse festgestellte Forderung bestritten, so wird der Widerspruch nach Analogie des § 36, Z. 2 EO. nur im Prozeßwege geltend gemacht werden können (vergl. schon Frankl, S. 37 und § 146 KO.).

§ 22. Verschieden von den bisher besprochenen **prozeßrechtlichen** Wirkungen der Rechtskraft eines zu Gunsten der Gesellschaft oder gegen die Gesellschaft erwirkten Urteils sind die **materiellrechtlichen Wirkungen** der Rechtskraft: das sind jene Wirkungen, welche der Inhalt eines Urteiles kraft materiellen Rechtes äußert. So wirkt ein rechtskräftiges Urteil, welches die Gesellschaft für aufgelöst erklärt, den Gesellschaftern und dritten Personen gegenüber geradeso wie eine vertragsmäßige Auflösung der Gesellschaft (Nosek, GZ. 1899, Nr. 29). Denn nicht eigentlich das rechtskräftige Urteil, sondern die durch dasselbe bewirkte Auflösung der Gesellschaft erzeugt diese Wirkungen, und es macht hinsichtlich derselben keinen Unterschied, ob die Auflösung durch Zeitablauf, Vereinbarung oder (rechtsgestaltendes, konstitutives) Urteil bewirkt worden ist (vergl. Stein, Die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen, GZ. 1897, Nr. 9).

§ 23. **Zusatz.** Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft, die ihr Art. 111 für das zivilgerichtliche Verfahren gewährt, erstreckt sich auf das Administrativverfahren (vergl. hiezu Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren, Verwaltungsarchiv 12, S. 112ff.), ebenso auf das Adhäsionsverfahren im Strafprozesse; endlich kann eine offene Handelsgesellschaft bei Eingriffen in Patent-, Marken- und Urheberrechte auch als Privatankläger unter ihrer Firma auftreten. Ebenso steht ihr im Rahmen der bezüglichen Gesetzesbestimmungen das Recht der Subsidiaranklage zu. Dispositionsberechtigt sind hier überall die vertretungsberechtigten Gesellschafter.

Artikel 112.

Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen.

Eine entgegenstehende Verabredung hat gegen dritte keine rechtliche Wirkung.

Einleitung. Der Artikel statuiert die solidarische Haftung der Gesellschafter (Abs. 1) und erklärt eine entgegenstehende Verabredung der Sozien gegen Dritte für wirkungslos (Abs. 2).

Digitized by Google

Die Anwendbarkeit des Art. 112 ist von der faktischen Registrierung der Gesellschaft unabhängig, setzt aber voraus, daß die Voraussetzungen des § 7 EinfG. zum HGB. vorliegen, weil sonst überhaupt keine offene Handelsgesellschaft vorhanden ist (vergl. § 10 zu Art. 10). Die Anwendbarkeit des § 1203 ABGB. (Solidarhaft bei Gesellschaften zwischen Handelsleuten) auf Kleinhandelsgesellschaften muß verneint werden; der Schlußsatz des § 1203 ABGB. ist durch das HGB. aufgehoben worden (Randa, II., S. 183; Saxl, a. a. O.). Die Solidarhaft der Mitglieder der Kleinhandelsgesellschaften aus Handelsgeschäften ergibt sich übrigens schon aus Art. 280.

§ 1. 1. **Rechtsgrund und rechtliche Natur der Solidarhaft.** Die illimitierte Haftung der Gesellschafter ergibt sich bereits aus der in Art. 85 aufgestellten Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft; die Gesellschafter betreiben zusammen ein Handelsgewerbe, sie haften daher aus den in ihrem Namen im Betriebe dieses Gewerbes begründeten Verbindlichkeiten ohne Beschränkung auf bestimmte Vermögensobjekte und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Betrag. Der vorliegende Artikel bestimmt, nun, daß diese illimitierte Haftung gleichzeitig eine solidarische ist.[1]) Die Gesellschafter haften also mit ihrem ganzen Vermögen zur ungeteilten Hand, daher auch mit ihrem, der Gesellschaft gewidmeten Sondervermögen. Mit K. Adler (S. 18 und passim) ist davon auszugehen, daß die persönliche solidarische Haftung der Gesellschafter das primäre ist und sich die Haftung der Gesellschaft nur als deren logische Folge darstellt. Der Gläubiger, dem mehrere Miteigentümer einer Vermögensmasse zu ungeteilter Hand haften, kann auf diese Vermögensmasse zur Befriedigung seiner Forderung greifen, ohne sich um die Höhe der seinen einzelnen Schuldnern hieran zustehenden Miteigentumsquoten zu kümmern. Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft ermöglicht es nun dem Gesellschaftsgläubiger, sich einen zur Exekution ins ungeteilte Gesellschaftsvermögen geeigneten Exekutionstitel zu verschaffen, ohne seine ihm zur ungeteilten Hand haftenden Mitschuldner persönlich zu verklagen, er ist hiezu aber auch — wenn er die der Exekutionsbewilligung vorangehende Prüfung des Vorliegens einer Schuld in Angelegenheiten der Gesellschaft vermeiden will (vergl. § 11, Abs. 2 EO.; § 1a zu Art. 119) — genötigt, da durch den Wortlaut der Art. 119 bis 122 die logische Konsequenz, daß ein Exekutionstitel auf Grund einer Schuld, für die alle Gesellschafter aus was immer für einem Rechtsgrunde solidarisch haften, zum exekutiven Zugriffe auf das ungeteilte Gesellschaftsvermögen berechtigt, durchbrochen ist (vergl. § 1a zu Art. 119).

Für das Verhältnis von Gesellschaftshaftung zur Solidarschuld der Gesellschafter ist daher zu sagen: Die Gesellschafter haften solidarisch mit ihrem Privatvermögen und mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Es liegt keine doppelte Verpflichtung vor, nicht eine Art Garantieverpflichtung der Gesellschafter (so RG. 30, S. 35); es besteht eine einheitliche Verbindlichkeit, zu deren Befriedigung dem Gläubiger zwei Gruppen von Vermögensobjekten zu Gebote stehen, das im Gesellschaftsfonds investierte Vermögen der Gesellschafter und deren Privatvermögen.[2]) Verschieden ist nur

[1]) Die Erörterung der für das österreichische Recht jeder praktischen Bedeutung entbehrenden Frage (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 303), ob hier Solidarität im engeren Sinne oder Korrealität vorliegt, kann hier unterbleiben.

[2]) Grundsätzlich stimmt die heutige Doktrin dieser Auffassung zu; vergl. Staub [8], Anm. 1 bis 3 zu § 128; Cosack [9], § 107, 2; Gierke, Arch. Bürg. R. 19, S. 127; Lehmann, HR., S. 130. Nur wird von den meisten der erwähnten Schriftsteller von der Haftung der

Digitized by Google

der Weg, auf dem der Gläubiger unmittelbar zu diesen verschiedenen Gruppen von Haftungsobjekten gelangen kann. Der Weg, der zum unmittelbaren Zugriffe auf das dem Gesellschaftsfonds investierte Vermögen führt, ist die Klage gegen die Gesellschaft. Der Weg, der unmittelbar zum Zugriffe auf das Privatvermögen des Gesellschafters führt., ist die Klage gegen diesen.[3])

§ 2. 2. **Die Gesellschafter haften gleichzeitig mit dem Privatvermögen und dem Gesellschaftsvermögen.** Die Haftung der Gesellschafter ist eine primäre. Der Gläubiger kann gleichzeitig die Gesellschaft und die Gesellschafter oder letztere allein klagen (AdlCl. 1013, 1370, 1884). Die Haftung bleibt auch im Falle der Liquidation eine primäre (ROHG. 5, S. 392) und wird nur im Falle des Konkurses zu einer subsidiären (AmtlS. 781, vergl. § 3 zu Art. 122). Auf Grund eines von der Gesellschaft akzeptierten Wechsels kann daher sofort der Zahlungsauftrag gegen die einzelnen Gesellschafter erlassen werden (AdlCl. 1370, 1633, 1884, 2311; Randa, II., S. 182). Aus der primären Haftung der Gesellschafter hat der OGH. bei AmtlS. 781 die Konsequenz gezogen, daß eine Zahlungseinstellung der Gesellschaft gleichzeitig eine Zahlungseinstellung seitens der einzelnen Gesellschafter beinhaltet.

§ 3. 3. **Solidarschuldner** sind alle Gesellschafter, auch diejenigen, die es zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit nicht waren (Art. 113), ferner innerhalb der Verjährungsfrist auch die ausgeschiedenen Gesellschafter (Art. 146; vergl. jedoch Art. 148, Abs. 1); ferner diejenigen, die zwar nicht Gesellschafter sind, sich jedoch Dritten gegenüber als solche behandeln lassen müssen, weil sie den Tatbestand eines Gesellschaftsverhältnisses dem Verkehr gegenüber gesetzt oder diesen ohne ihren Willen gesetzten Tatbestand vertreten müssen. Aus diesem Gesichtspunkte haftet, gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, derjenige, der sich als Gesellschafter geriert hat (ROHG. 13, S. 376; OLG. Hamburg, GZ. 37, S. 140; vergl. Staub [8], Anm. 20 zu § 128); ferner der Kommanditist und der stille Gesellschafter, dessen Name in die Firma aufgenommen wurde (Art. 168, 257).

§ 4. 4. **Gegenstand der Solidarhaft der Gesellschafter** sind alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund, also sowohl Vertrags- als Deliktsschulden, auch Verbindlichkeiten infolge grundloser Bereicherung (Cosack [6], § 107, Anm. 26). Es haftet nicht etwa jeder Gesellschafter, nur soweit, als er bereichert ist. Gegenstand der Haftung sind nicht bloß privatrechtliche Verbindlichkeiten. Auch für öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten, z. B. Vermögensübertragungsgebühren, besteht die Solidarhaft, bezüglich der Erwerbsteuer wird dies besonders in Art. 56, P. 3 der Vollzugsvorschrift zum PersStG. (FME. vom 28. Jänner 1897, RGBl. Nr. 35) erwähnt. Der Artikel denkt in erster Linie an Geldschulden (vergl. die Worte: „mit ihrem ganzen Vermögen"), jedoch besteht die Solidarhaft auch

---

Gesellschaft, statt von der Solidarhaft der Gesellschafter ausgegangen. Nicht ohne Widerspruch sind die Ausführungen bei Staub [8] a. a. O., wo erst ganz richtig ausgeführt wird, daß die Gesellschaftsschuld nur eine zur persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter hinzutretende weitere Haftungsart mit dem eine gewisse Selbständigkeit besitzenden Gesellschaftsvermögen bildet (Anm. 1), dann aber bemerkt wird, daß neben die Haftung der Gesellschaft „die Haftung der Gesellschafter akzessorisch hinzutritt" (diese Redewendung auch bei AmtlS. 781).

[3]) Das Wort „unmittelbar" ist zu betonen; denn schließlich berechtigt der gegen die Gesellschaft erwirkte Exekutionstitel auch zur Exekution ins Privatvermögen der Gesellschafter und der gegen einen Gesellschafter erwirkte Exekutionstitel auch zur Exekution ins Gesellschaftvermögen (§ 11 EO.) nur muß im ersten Falle die Haftpflicht des Gesellschafters im andern das Vorliegen einer Gesellschaftsschuld festgestellt sein.

Digitized by Google

zu Gunsten anderer Ansprüche, z. B. Bewirkung von Handlungen.[4]) Der Berechtigte kann jeden Gesellschafter auf Bewirkung der vorzunehmenden Handlung, z. B. auf Rechnungslegung, klagen (vergl. Staub [8], Anm. 16 zu § 128, Behrend, S. 519). Exekution gemäß § 353 EO. (Ermächtigung zur Vornahme der vertretbaren Handlung auf Kosten des Verpflichteten) ist gegen jeden verurteilten Gesellschafter möglich. Dagegen ist die direkte Exekution nach § 354 EO. nur gegen den Gesellschafter möglich, von dessen freiem Willen die vorzunehmende Handlung ausschließlich abhängig ist, also die Exekution zur Erwirkung einer Rechnungslegung nicht gegen den Gesellschafter, der nicht über die erforderlichen Belege verfügt (Staub [8], a. a. O.), die Exekution zur Bewirkung der Ausstellung eines Dienstzeugnisses nicht gegen den Gesellschafter, der im Geschäftsbetriebe nicht tätig war. Für den auf Grund der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit erwachsenden Anspruch auf Schadenersatz oder Konventionalstrafe haften selbstverständlich alle Gesellschafter solidarisch. Anders wiederum steht es mit den Verbindlichkeiten der Gesellschafter zu gewissen Unterlassungen, zum Beispiel der Verbindlichkeit der Gesellschaft nur bei einem bestimmten Kaufmanne einzukaufen, nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen. An derartige Verbindlichkeiten ist der einzelne Gesellschafter bei Handlungen, die er in eigenem Namen vornimmt, nicht gebunden, ebensowenig der ausgeschiedene Gesellschafter; jedoch nicht deshalb, weil es sich lediglich um einen Vertrag der Gesellschaft handle (mit Recht bemerkt Staub [8], Anm. 2 zu § 128, gegen diese, in einigen Urteilen des RG. enthaltene Begründung, daß Subjekte einer Verbindlichkeit der Gesellschaft immer die Gesellschafter sind); auch Staubs Begründung, daß solche Verbindlichkeiten die Gesellschafter in der Regel nur als solche verpflichten, ist nicht ganz zutreffend. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß es sich hier meist um Verbindlichkeiten handelt, die von der Gesellschaft und daher von den Gesellschaftern nur bezüglich des Betriebes des gesellschaftlichen Gewerbes eingegangen werden. Auf Handlungen, die außerhalb des Betriebes des gesellschaftlichen Gewerbes vorgenommen werden, beziehen sich in der Regel Verbindlichkeiten der erwähnten Art überhaupt nicht (vergl. auch Makower [13], § 128, III., und RG., 28. September, bei Holdheim 1905, S. 51). Über die Frage, ob auch zu Gunsten der Ansprüche der Gesellschafter eine Solidarhaft stattfindet, vergl. unten. Die im Prozesse vorgebrachte Behauptung, daß das Klagegeschäft nicht mit dem Beklagten, sondern mit einer offenen Handelsgesellschaft, der der Beklagte als Mitglied angehört, geschlossen wurde, und Berufung auf den Haftungsgrund des Art. 112, bildet eine Klageänderung (OLG. Jena bei SeuffA. 52, Nr. 32).

4. **Als Gesamtschuldner persönlich** haften die einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden. Es sind also die §§ 891 bis 896 ABGB. für ihr Verhältnis zum Gläubiger maßgebend. **§ 4.**

Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern, bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet (§ 891 ABGB.). Der Gläubiger kann infolgedessen nicht bloß unter Umgehung der Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter verklagen (dies ist in § 3 hervorgehoben), sondern er kann auch jeden beliebigen der Gesell-

[4]) In den meisten dieser Fälle ergibt sich übrigens die ungeteilte Haftung der einzelnen Gesellschafter schon auf Grund des § 890 ABGB.

Digitized by Google

schafter einzeln oder sie alle verklagen, ganz nach Belieben.[5]) Aus einem von der offenen Handelsgesellschaft akzeptierten Wechsel kann z. B. die Gesellschaft allein, oder auch zusammen mit den Gesellschaftern, oder auch zusammen mit einem Gesellschafter, oder auch alle Gesellschafter ohne die Gesellschaft, oder auch ein Gesellschafter allein verklagt werden (vergl. Bolze 9, Nr. 469; AdlCl. 1663), und zwar auch im Wechselprozesse, da ja der Rechtsgrund für alle diese Haftungen der gleiche ist (vergl. oben § 3).

Bezüglich des Einflusses der Aufhebungs- und Veränderungsgründe der Obligation, die sich in der Person eines Gesellschafters ereignen, auf die Haftung der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft gelten die allgemeinen Grundsätze des ABGB. über Solidarschulden (vergl. hierüber Hasenöhrl, I., S. 143ff. und Krainz-Ehrenzweig, § 305).

§ 5. 5. **Der Erfüllungsort der Solidarobligation** ist der Ort, wo die Gesellschaft zu leisten hat. Dies folgt daraus, daß der Rechtsgrund für die Solidarhaft der gleiche ist wie der Rechtsgrund der Gesellschaftsschuld (vergl. oben § 3; zust. RG. 32, S. 44; Bolze 18, Nr. 302; RG. vom 26. November 1897 in J. W. S. 4; OLG. Dresden in GZ., S. 526).

§ 6. 6. **Der Gerichtsstand der Klage aus der Solidarhaft.** Liegt der Klage ein Handelsgeschäft auf Seite der Gesellschaft zu Grunde und ist letztere ins Handelsregister eingetragen, so ist auch für die auf Grund der Solidarhaft gegen den Gesellschafter angestrengte Klage die Handelsgerichtsbarkeit nach § 51, Z. 1 JN. begründet (Horten, JN. S. 222; vergl. § 1 zu Art. 4 und die dort angeführte Judikatur). Betreffs der **örtlichen** Kompetenz scheint es zweifelhaft, ob für die Klage aus der Solidarhaft der Gerichtsstand des Erfüllungsortes in Anspruch genommen werden kann, wenn derselbe auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung (§ 88, Abs. 1 JN.) oder auf Grund stillschweigender Vereinbarung (§ 88, Abs. 2 JN.) als Fakturengerichtsstand gegen die Gesellschaft begründet ist. Die Frage ist zu bejahen. Der Gerichtsstand des § 88 JN. ist kein forum prorogatum, sondern ein forum solutionis (vergl. Allerhand, Ztbl. 1896, S. 274; Horten, JN., S. 287). Es kommt daher nicht darauf an, daß die in Abs. 1 des § 88 JN. geforderte schriftliche Übereinkunft gerade mit dem Beklagten gepflogen wurde, und daß die in Abs. 2 geforderte einwandlose Annahme der Faktura gerade seitens des Beklagten erfolgte. Es genügt, daß für die Forderung überhaupt im Sinne des § 88 JN. ein bestimmter Erfüllungsort vereinbart wurde. Die mit dem derart festgesetzten Erfüllungsorte gesetzlich verbundene Wirkung, nämlich die Begründung des Wahlgerichtsstandes dieses Erfüllungsortes, tritt dann gegenüber jedem ein, der aus dem gleichen Rechtsgrunde zu erfüllen hat, daher an den vereinbarten Erfüllungsort gebunden ist (vergl. oben § 5). In unserem Sinne Horten, JN., S. 290. Die Praxis der Gerichte schwankt.

§ 7. 7. **Über den Regreß der solidarisch haftenden Sozien** gegeneinander, wenn einer von ihnen in Anspruch genommen wurde und gezahlt hat, sagt das Gesetz nichts. Die allgemeine Bestimmung des § 896 ABGB., daß jeder Mitschuldner, der gezahlt hat, von den übrigen Mitschuldnern zu gleichen

[5]) Nach § 891 ABGB. konnte der Gläubiger, der einen Solidarschuldner bereits belangt hatte, die Klage gegen einen anderen nur dann anstellen, wenn er von der gegen den ersten erhobenen Klage abstand. Ob diese Beschränkung durch die ZPO. beseitigt wird, ist zweifelhaft. (Ehrenzweig, WZ. 25, S. 285; ebenso Tilsch, S. 219 [jedoch aus anderen Gründen]; vergl. hiezu Randa II, S. 182; Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis, S. 232).

Digitized by Google

Teilen Ersatz verlangen kann, kommt hier nicht zur Anwendung, da unter den Mitschuldnern ein „besonderes Verhältnis", nämlich das Gesellschaftsverhältnis besteht (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 305). Eine solche Bezahlung ist als Auslage nach Art. 93 zu betrachten und unterliegt den Bestimmungen desselben. Das Rückforderungsrecht ist daher nur gegen die Gesellschaft bis zur Auseinandersetzung, aber nicht gegen die einzelnen Gesellschafter geltend zu machen, und nach der Auseinandersetzung gegen die einzelnen Gesellschafter nur nach Maßgabe ihrer Beteiligung (RG. 31, S. 141; vergl. oben § 4 und unten § 9).

8. (Abs. 2.) **Die Vorschrift, daß eine entgegenstehende Verabredung gegen Dritte keine Wirkung hat**, ist im Grunde genommen nicht nötig, da sie sich für alle auf das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten sich beziehenden Vorschriften von selbst versteht (vergl. Vorbemerkung zu Art. 110). Es folgt aus ihr, daß das Ausscheiden und die Ausschließung eines Gesellschafters und die hiebei getroffenen Abreden die Solidarhaft nicht ausschließen, vorbehaltlich der Verjährung nach Art. 146 (AdlEl. 99 und 232). Es folgt ferner aus ihr, daß auch eine Übernahme der Gesellschaftsschulden durch einen von den Sozien die Gläubiger nicht tangiert (ROHG. 6, S. 3). Dagegen steht nichts entgegen, durch Verabredungen mit dem Gläubiger die Solidarhaft aufzuheben oder zu modifizieren, insbesondere mit ihm zu vereinbaren, daß zuerst andere Sozien in Anspruch genommen werden (ROHG. 15, S. 17). Nach innen können die Sozien ungehindert Vereinbarungen nach jeder Richtung treffen, der Dritte ist aber an dieselben auch dann nicht gebunden, wenn er sie gekannt hat. § 8.

Zusatz. Die Gesellschaft als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft. § 9.
Hieher gehören Ansprüche auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses: Ersatz von Auslagen, Ersatz eines von Gesellschaftern zugefügten Schadens, Anspruch auf Ausfolgung von Zinsen und Gewinn; der Anspruch aus einem mit dem Gesellschaftsverhältnisse in keinem Zusammenhange stehenden Rechtsgrunde: die Gesellschaft hat dem Gesellschafter ein Darlehen gegeben, eine Wohnung vermietet oder umgekehrt. Für die rechtliche Beurteilung dieses Verhältnisses (vergl. über dieses Problem: Hahn, zu Art. 122; K. Adler, S. 115; Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 34ff.; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 240; Randa, II., S. 185; Conrades, Kompensation usw., GZ. 43, S. 78ff.) ist zu unterscheiden:

a) Die Gesellschaft hat zu fordern. Der schuldende Gesellschafter ist freilich auch Subjekt eines Teiles der gegen ihn gerichteten Forderung. Aber auf den Bestand dieser Forderung hat der Umstand, daß bezüglich eines Teiles der Forderung Schuldner und Gläubiger in einer Person vereint sind, keinen Einfluß. Der Teil der Gesellschaftsforderung, der dem schuldenden Gesellschafter zusteht, ist nicht sein freies Eigentum, er kann hierüber in keiner Weise verfügen; und ebenso steht es mit der Miteigentumsquote des schuldenden Gesellschafters an dem von ihm der Gesellschaft zu leistenden Gegenstande. Es tritt hier einer jener Fälle ein, in denen § 1445 ABGB. wegen Eintrittes von „Verhältnissen ganz verschiedener Art" die Möglichkeit einer Obligation trotz Vereinigung des Gläubigers und des Schuldners in einer Person anerkennt. Die Forderung ist nicht etwa bloß eine Forderung der vom schuldenden Gesellschafter verschiedenen Gesellschafter, sondern eine Forderung aller Gesellschafter oder, mit anderen Worten, der „Gesellschaft". Der zu leistende Gegenstand fällt ja nicht nur in das Vermögen der anderen Gesellschafter, sondern auch in das des erfüllenden Gesellschafters, freilich § 10.

Digitized by Google

nicht als sein freies, sondern nur als sein gebundenes Miteigentum. Das Bestehen einer Gesellschaftsforderung gegen einen Gesellschafter trägt freilich auch zur Erhöhung von dessen Saldo bei, aber mit dem betreffenden Betrage kann der schuldende Gesellschafter nicht aufrechnen, denn während des Bestehens der Gesellschaft steht keinem Gesellschafter ein Anspruch auf gänzliche oder teilweise Auszahlung seines Aktivsaldos zu. Anders, wenn der schuldende Gesellschafter ausscheidet: gegen die Forderung der Gesellschaft kann er seinen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben aufrechnen. Die Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter kann zediert und von den Gläubigern der Gesellschaft gepfändet werden, sie fällt in die Konkursmasse der Gesellschaft.[6])

§ 11. b) Der Gesellschafter hat eine Forderung gegen die Gesellschaft. Der Gesellschafter kann nach unbestrittener Ansicht wegen einer solchen Forderung, mag sie jetzt unmittelbar auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses entstanden sein (Forderung auf Zinsen, Ersatz von Aufwendungen), oder mit dem Gesellschaftsverhältnisse in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehen (der Gesellschafter hat der Gesellschaft ein Darlehen gegeben), Exekution auf das ungeteilte Gesellschaftsvermögen führen. Die Exekution ergreift also auch die dem forderungsberechtigten Gesellschafter zustehenden Anteile am Gesellschaftsvermögen.[7]) Es tritt auch hier die in § 1445 ABGB. als möglich vorgesehene Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in einer Person ein. Die Annahme, daß nur eine Obligation zwischen dem forderungsberechtigten Gesellschafter und seinen Mitgesellschaftern besteht, würde zu dem Ergebnisse führen, daß eine Exekution ins ungeteilte Gesellschaftsvermögen nicht zulässig ist, wenn der forderungsberechtigte Gesellschafter seinen Anspruch zediert — die Möglichkeit einer Zession gewisser Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse ist ja im Gesetze vorausgesetzt (vergl. Art. 119 und § 6 zu Art. 98) — oder wenn ein neuer Gesellschafter eintritt. Die unbestrittene Tatsache, daß auch in diesen Fällen eine Exekution in das ungeteilte Gesellschaftsvermögen zulässig ist, zeigt, daß Schuldner die Gesellschaft (d. h. alle Gesellschafter) ist. Mit Unrecht hat der OGH. bei AdlCl. 2326 die Möglichkeit des Entstehens einer wirksamen Wechselverbindlichkeit zwischen Gesellschafter und Gesellschaft mit Rücksicht darauf

---

[6]) Insbesondere gegen diese Konsequenz wendet sich K. Adler, S. 118 ff. Sein Argument, daß durch die Anerkennung von Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter im Konkurse „Objekte aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters, aus der Zugriffssphäre von dessen Privatgläubigern erst künstlich in jenen Zustand gebracht werden, welcher den Vorzug der Gesellschaftsgläubiger begründet", erscheint nicht überzeugend. Der vom schuldenden Gesellschafter zu leistende Gegenstand ist freilich noch nicht Gesellschaftsvermögen, mag es sich jetzt um ein genus oder eine species handeln. Gesellschaftsvermögen aber ist der Anspruch auf Leistung dieses Gegenstandes und dieser Anspruch dient wie jedes andere Aktivum des Gesellschaftsvermögens zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Bei Geltendmachung dieses Anspruches konkurriert die Gesellschaft oder deren Konkursmasse im Konkurse des schuldenden Gesellschafters mit dessen Privatgläubigern.

[7]) Im Normalfalle tritt freilich die Verpflichtung des Gesellschafters, wegen einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung eine Exekution auf seine Anteile an den Gesellschaftsaktiven zu dulden, nicht hervor. Aber diese latente Verpflichtung wird sofort aktuell, wenn dem forderungsberechtigten Gesellschafter zwar die Verfügung über seinen Anteil an den Gesellschaftsaktiven, nicht aber über seine Forderung gegen die Gesellschaft entzogen wird. Man denke an eine Zwangsverwaltung des gesellschaftlichen Unternehmens. Der Verwalter muß eine Exekution in das Gesellschaftsvermögen — soweit nach eingeleiteter Zwangsververwaltung des gesellschaftlichen Unternehmens eine Exekution auf Bestandteile des Gesellschaftsvermögens überhaupt zulässig ist — auch zu Gunsten der Forderung eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft dulden.

Digitized by Google

verneint, daß sich Wechselschuldner und Wechselgläubiger nicht als zwei verschiedene Personen gegenüberstehen. Die bereits mehrfach erwähnte Tatsache, daß wegen einer Forderung eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft eine Exekution in das ungeteilte Gesellschaftsvermögen zulässig ist, setzt begrifflich die solidarische Haftung aller Gesellschafter mit ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen voraus (vergl. oben § 1).[8])

Bestritten ist die Frage, ob die Gesellschafter dem Gesellschafter auch mit ihrem nicht im Gesellschaftsfonds befindlichen Vermögen solidarisch haften. Es ist zu unterscheiden:

§ 12. a) Für Forderungen des Gesellschafters, die ihm wie einem Dritten gegen die Gesellschaft zustehen, z. B. auf Grund eines gewährten Darlehens, haften alle Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen solidarisch nach Art. 112; der klagende Gesellschafter muß nur jenen Betrag abziehen, mit dem er zur Deckung der betreffenden Gesellschaftsschuld nach dem Gesellschaftsvertrage beizutragen hätte (RG. 36, S. 63; Bolze 21, Nr. 558; dagegen ROHG. 13, S. 145; vergl. auch RG. 59, S. 143 [dortselbst auch ausführliche Literaturangaben]).

§ 13. β) Für die Forderung des Gesellschafters auf Auszahlung der ihm zustehenden Zinsen und des auf ihn entfallenden Gewinnes haftet überhaupt durante societate kein anderer Gesellschafter persönlich. Können diese Ansprüche nicht aus der Gesellschaftskasse befriedigt werden, so vermehren sie lediglich das Aktivsaldo des betreffenden Gesellschafters (vergl. § 1 zu Art. 106). Das gleiche gilt aber auch für die anderen Ansprüche, die einem Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zustehen (Art. 93). Art. 93 spricht nur eine Haftung der Gesellschaft, das heißt eine Haftung der Gesellschafter mit ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen aus. Die in Art. 112 ausgesprochene Haftung mit dem Privatvermögen bezieht sich nur auf Dritte. Als ein Dritter ist aber der Gesellschafter, sofern er seine Forderung nicht auf einen vom Gesellschaftsverhältnisse verschiedenen Rechtsgrund zu gründen vermag, nicht anzusehen (so Cosack, § 108, 5d, RG. 31, S. 141, RG. 59, S. 143). Der Zessionar erwirkt keine stärkeren Rechte als der ursprüngliche Gläubiger; auch er muß sich mit der Haftung des Gesellschaftsfonds begnügen (Behrend, § 77, N. 7; K. Adler, S. 118).

§ 14. c) Auf die rechtsgeschäftliche Regelung der Obligationen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter greifen nicht die Grundsätze der Vertretung, sondern die der Geschäftsführung Platz (vergl. § 2 zu Art. 116).

§ 15. d) Eine Klage des Gesellschafters gegen die Gesellschaft und umgekehrt ist zulässig. Gegen die begriffliche Möglichkeit einer solchen Klage wäre auch vom Standpunkte der Ansicht, die im Gesellschaftsprozesse als Parteien die Gesellschafter ansieht (vergl. § 4 zu Art. 111), nichts einzuwenden (vergl. R. Pollak, Zivilpr., S. 138; Randa, II., S. 122, N. 96c). Im Prozesse wird die Gesellschaft durch die vertretungsbefugten

[8]) K. Adler (S. 117) will diese Konsequenz, die sich aus seiner hier akzeptierten Auffassung von der rechtlichen Konstruktion der sogenannten Haftung des Gesellschaftsvermögens ergibt, nicht gelten lassen und führt in unserem Falle die auch von ihm zugegebene Möglichkeit einer Exekution auf das Gesellschaftsvermögen nicht auf eine Solidarhaft aller Gesellschafter zurück, sondern erblickt in dieser Exekution lediglich eine „exekutive Teilung in Form der Exekution wegen Schulden". Diese Konstruktion versagt aber gegenüber dem Zessionar des forderungsberechtigten Gesellschafters. Diesem steht ja kein Miteigentumsrecht an den Gesellschaftsaktiven, daher auch kein Teilungsanspruch zu.

Digitized by Google

Gesellschafter vertreten, die Prozeßführung ist immer ein Akt der Vertretung (Behrend, § 66, Anm. 18). Im Prozesse können daher auch die vertretungsbefugten Gesellschafter durch Vergleich und Anerkennung über das fragliche Rechtsverhältnis wirksam disponieren. Ist der klagende oder beklagte Gesellschafter allein vertretungsberechtigt oder ist seine Mitwirkung zur wirksamen Kollektivvertretung nötig, so hilft § 8 ZPO. (a. M. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 277). § 373, Abs. 3 ZPO. kommt mit der Maßgabe zur Anwendung, daß der klagende oder beklagte Gesellschafter nicht als Partei für die Gesellschaft vernommen werden kann.

Artikel 113.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Änderung erleiden oder nicht.

Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung.

Einleitung. **Der Artikel knüpft an den Eintritt in eine Gesellschaft die Haftung für die bisherigen Gesellschaftsschulden** (Abs. 1) und schließt auch hier wieder die Gültigkeit entgegenstehender Abreden Dritten gegenüber aus (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die hier angeordnete Haftung hat folgende Voraussetzungen und Folgen:**

a) **In eine bestehende Handelsgesellschaft** muß der Eintritt erfolgen, das ist die erste Voraussetzung. Das Gesetz findet keine Anwendung auf den Fall, wo jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmannes als Gesellschafter eintritt (Randa, II., S. 186, N. 133). Auf der Nürnberger Konferenz wurde ein Antrag, die Bestimmung des Art. 113 auch auf den Fall des Eintrittes eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes auszudehnen, abgelehnt (P. 283)[1]) und diese Absicht des Gesetzgebers ist insoweit bindend, als man den Art. 113 nicht auf einen Tatbestand anwenden kann, auf den er sich seinem Wortlaute nach nicht bezieht, so auch die Praxis des früheren ROHG. und nun auch nach einigem Schwanken in der Judikatur (für die Anwendung des Art. 113 auf den Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmannes, AdlCl. 1051, 1521, 1553, dagegen AdlCl. 1684; unklar AdlCl. 2166) OGH. in AmtlS. 944. Ebensowenig findet Art. 113 Anwendung auf Übernahme eines Geschäftes durch eine offene Handelsgesellschaft (AdlCl. 1984, 2105). Ob in diesen Fällen die entstehende oder übernehmende Handelsgesellschaft für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftet, richtet sich nach den bei Art. 22 entwickelten Grundsätzen (AmtlS. 944). Der Artikel bezieht sich ferner, obgleich der Wortlaut allgemeiner ist, nach seiner ganzen Stellung nur auf den Fall, wo jemand einer offenen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter beitritt. Der Fall, daß jemand einer offenen Handelsgesellschaft als Kommanditist beitritt, ist im Art. 166 geregelt (§ 1 daselbst); der Fall, daß jemand als Komplementar einer Kommanditgesellschaft beitritt, ist im Art. 150, Abs. 2,

[1]) De lege ferenda ist die Einschränkung nicht zu billigen (vergl. insbes. § 1a zu Art. 119). § 28 d. HGB. statuiert eine Haftung der durch Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes entstehenden Gesellschaft für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten.

Digitized by Google

implicite geregelt (vergl. § 3 zu Art. 166). In diesen beiden Fällen tritt die gleiche Rechtsfolge ein, wie nach Art. 113. Wenn ein Kommanditist offener Gesellschafter wird, so ist Art. 113 ebenfalls anwendbar (Staub [8], Anm. 3 zu § 130; dagegen RG. 32, S. 47).

b) **Die zweite Voraussetzung ist der Eintritt** in eine bestehende Handelsgesellschaft. Ein solcher liegt auch vor, wenn einer aus zwei Personen bestehenden Handelsgesellschaft an Stelle eines gleichzeitig ausscheidenden Gesellschafters ein neuer hinzutritt (ROHG. 14, S. 151; Johow 11, S. 17; Kammergericht bei Perl und Wreschner 1895, S. 21; vergl. Bolze 9, Nr. 478; OLG. Stuttgart bei SeuffA. 54, Nr. 233). Damit die hier vorgesehene Folge des Eintrittes in Wirksamkeit trete, ist erforderlich, daß entweder der Eintritt eingetragen oder die Gesellschaft nach dem Eintritte ihre Geschäfte fortgesetzt habe (so richtig formuliert von Hahn, § 3; anders Behrend, § 73, Anm. 21). Vorher ist die Beitrittserklärung ein interner Akt unter den Sozien (RG. 51, S. 39). Erforderlich ist ferner, daß nach außen erkennbar hervortritt, daß das Handelsgewerbe nunmehr auch im Namen des neu eintretenden Gesellschafters geführt wird; die bloße Tatsache der Fortführung des Geschäftsbetriebes nach Beitritt des neuen Gesellschafters genügt nicht (vergl. Pisko, Unternehmen, S. 234; dagegen Staub [8], Anm. 4 zu § 130), daß der beitretende zum Eintritt durch Betrug veranlaßt wurde, ist für seine Haftung ohne Belang (OLG. Stuttgart bei SeuffA. 54, Nr. 234; vergl. § 7 zu Art. 110). § 2.

c) **Nicht vorausgesetzt** ist, wie der Artikel hervorhebt, die Beibehaltung der alten Firma. Es schadet z. B. nichts, wenn dieselbe den Zusatz „et Comp." erhält, wenn nur die Absicht, die alte Gesellschaft fortzusetzen, klar ist. § 3.

d) **Die Folge des Eintrittes** ist die Haftung des neuen Sozius für alle bisherigen Schulden. Daß die fortgesetzte Gesellschaft selbst für alle bisherigen Schulden haftet, ist als selbstverständlich vom Gesetze nicht besonders hervorgehoben worden. Die Gesellschaft wird trotz des Hinzutretens eines neuen Gesellschafters als unverändert fortbestehend betrachtet, oder vielmehr es wird in Ansehung des Hinzutretenden so angesehen, als seien die Gesellschaftsschulden zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstanden. Es treten daher ganz dieselben Folgen ein, als wenn dies der Fall wäre; er haftet für die bisherigen Gesellschaftsschulden auch nach seinem späteren Austritte. Auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten Exekutionstitels ist die Vollstreckung in sein Privatvermögen zulässig (§ 15 zu Art. 111), und eine gegen ihn persönlich wegen einer Sozietätsschuld zu erhebende Klage hat zum Anspruchsgrunde den Tatbestand, der die Gesellschaftsschuld begründet hat. Dieser Tatbestand erzeugt kraft positiver Gesetzesvorschrift auch seine Verbindlichkeit. Es hat das auch in Bezug auf sonstige Rechtsverhältnisse (Klageänderung, Erfüllungsort usw.) die Folge, daß er einem solchen offenen Gesellschafter gleichsteht, der dies war, als die Schuld kontrahiert wurde (vergl. § 3 zu Art. 112; wegen des Erfüllungsortes besonders RG. 32, S. 46). § 4.

Zu beachten ist, daß nur die Gesellschaftsschulden auf den Eintretenden, **nicht die Schulden des Eintretenden auf die Gesellschaft übergehen,** auch wenn er sein ganzes Geschäftsvermögen einwirft; im Konkurse der Gesellschaft können seine Privatgläubiger sich nicht an das

Digitized by Google

Gesellschaftsvermögen halten (ROHG. 2, S. 143), es sei denn, daß auch hier die bei Art. 22 für die Haftung des Geschäftserwerbes aufgestellten Voraussetzungen vorlägen (vergl. Erläuterung zu Art. 22).

§ 5. 2. (Abs. 2.) Für entgegenstehende Abreden gilt das im § 8 zu Art. 112 Gesagte.

Artikel 114.

Jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ist ermächtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, insbesondere auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten.

Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schließt, berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

Einleitung. **Der Artikel statuiert die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters** (Abs. 1) und die Folgen der auf Grund dieser Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte (Abs. 2). Es braucht nicht nochmals betont zu werden, daß die von der Vertretungsbefugnis handelnden Art. 114 bis 118 sich nur auf das Verhältnis nach außen beziehen (ROHG. 2, S. 40; vergl. § 1 zu Art. 99 und Vorbemerkung zu Art. 110). **Beginn und Ende der Vertretungsbefugnis** fallen zusammen mit dem Beginn und dem Ende der Handelsgesellschaft selbst; sie beginnt, wenn die Gesellschaft zu äußerer Existenz gelangt, auch ohne Eintragung (ROHG. 15, S. 22) und hört auf mit der Auflösung, nur daß Dritten gegenüber die Gesellschaft und damit die Vertretungsbefugnis so lange als existent gilt, bis die Voraussetzungen des Art. 129, Abs. 5, eingetreten sind. **Darüber, wie der Gesellschafter die Firma zu zeichnen hat**, fehlt eine Vorschrift. (Vergl. hierüber § 3 zu Art. 88.)

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Umfang und Wesen der Vertretungsbefugnis.** Die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters hat einen weiteren Umfang als die des Handlungsbevollmächtigten und auch als die des Prokuristen; sie ist nicht beschränkt auf den gewöhnlichen Bereich des betreffenden Handelsgewerbes, nicht einmal auf Handelsgeschäfte überhaupt, ist insbesondere nicht eingeengt durch irgend welche Ausnahmen, sei es in Bezug auf den Grundstücksverkehr oder sonst, und zu keinerlei Rechtshandlungen bedarf es einer Spezialvollmacht, selbst wenn sie in den Landesgesetzen angeordnet wäre; vielmehr ist der Gesellschafter einfach zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft ermächtigt.

Aber man würde fehlgehen, wenn man hierin nur einen quantitativen Unterschied erblicken würde. Der Unterschied ist vielmehr ein qualitativer, begrifflicher. Der Handlungsbevollmächtigte und Prokurist ist bestellter Vertreter, der Gesellschafter ist der geborene Vertreter der Gesellschaft (vergl. RG. 2, S. 32; Hupka, Vollmacht, S. 126; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 274); der Gesellschafter ist nicht bestellter Vertreter, sondern Organ der Gesellschaft, dasjenige Organ, welches für die Gesamtheit der Gesellschafter handelnd auftritt, das gemeinsame Interesse der zur Gesellschaft vereinigten Personen wahrnimmt, für sie die Gesamtrechte erwirbt

Digitized by Google

und für sie die Gesamtverpflichtungen eingeht. Selbst wenn im gegebenen Falle alle Gesellschafter bei einem Rechtsakte mitwirken sollten, so treten sie doch nicht als Vertreter ihrer Einzelinteressen, sondern jeder als Vertreter der Gesamtheit auf, die einen gesetzlichen Vertreter haben muß und ihn im Gesellschafter hat. Aus dieser begrifflichen Stellung des Gesellschafters folgt auch, daß er die für parteifähig erklärte, aber nicht prozeßfähige offene Handelsgesellschaft im Prozesse vertritt (vergl. § 6 zu Art. 111). Vor allem aber ergibt sich aus dieser Stellung die Vorschrift des Gesetzes, daß er zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt gilt. **Dritten gegenüber ist seine Vollmacht schrankenlos: eine Ausnahme ist nach keiner Richtung gemacht und gestattet**, und es ist insbesondere nicht zugegeben, daß trotz der schrankenlosen Fassung des Gesetzes die Vertretungsbefugnis des offenen Gesellschafters nicht auf Nichthandelsgeschäfte auszudehnen sei (zust. RG. vom 2. November 1893 in JW. 1894, S. 20) oder nicht auf Handlungen, bei denen sich der Dritte von vornherein hätte sagen müssen, daß sie unmöglich dem Betriebe des Geschäftes dienen können, wie z. B. Liberalitäten, die außer allem Zusammenhange mit dem Geschäfte stehen, oder der Verkauf des Geschäftes (übereinstimmend mit uns RG. 26, S. 18; Gorski, S. 134; anders Behrend, § 72, Anm. 6; während das ROHG. [25, S. 349] zu dieser Frage nicht Stellung nimmt und daher mit Unrecht von Behrend für seine Ansicht zitiert wird). Daß in Fällen solcher Art möglicherweise eine Kollusion vorliegt und der Dritte aus diesem Grunde vielleicht kein Recht gegen die Gesellschaft erwirbt, liegt auf anderem Gebiete (vergl. unten § 3).

§ 2. **Auch mit sich selbst als Privatmann kann der Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft kontrahieren** (Canstein, I., S. 430) und ebenso als Vertreter zweier Gesellschaften einen Vertrag zwischen beiden schließen (RG. 6, S. 13; 7, S. 120; im Gegensatze zu ROHG. 8, S. 392). Vergl. hierüber § 12 zu Art. 52.

§ 3. **Eine scheinbare Ausnahme von der schrankenlosen Vertretungsbefugnis des Gesellschafters macht der Fall der Kollusion.** Da der vertretungsbefugte Gesellschafter gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist, muß die Gesellschaft alle Rechtshandlungen gegen sich anerkennen, die er in ihrem Namen vornimmt, selbst wenn sie ihr zum Schaden gereichen, selbst wenn er sie in seinem Privatinteresse vorgenommen und die Gesellschaftsfirma mißbraucht hat. (Vergl. oben § 1.) Der Mißbrauch enthält eben einen Gebrauch: er gebraucht die Firma, er handelt im Namen der Gesellschaft, er ist ihr gesetzlicher Vertreter; das ist der Verpflichtungsgrund für die Gesellschaft. Auch daß eine Vertretungsbeschränkung unter den Sozien verabredet war und der Dritte dies gewußt hat, hat auf die Gültigkeit des Aktes auch diesem Dritten gegenüber keinen Einfluß (RG. 57, S. 391). Der Dritte hat dann eben gewußt, daß die Sozien etwas Ungültiges gewollt haben (ROHG. 5, S. 295). Allein wenn der Sozius absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handelt und der Dritte hiebei wissentlich mitwirkt, dann hat der Dritte als particeps doli nach allgemeinen Grundsätzen kein Recht gegen die Gesellschaft erworben[1]) (Gorski, S. 116).

[1]) Haftet im Falle der Kollusion dem Dritten wenigstens der handelnde Gesellschafter für die kontrahierte Schuld? Man könnte dies bejahen, indem man darauf hinwiese, daß er doch nicht einwenden könne, die Gesellschaft sei geschädigt. Allein er wendet nur ein, es bestehe keine Gesellschaftsschuld und daher bestehe auch keine Solidarhaft nach Art. 112.

Digitized by Google

Es liegt hier keine Ausnahme von der Vertretungsmacht vor, sondern das Dazwischentreten eines anderen Grundes, der trotz vorhandener Vertretungsbefugnis den Rechtserwerb hindert (vergl. ROHG. 7, S. 403; 9, S. 429; RG. 9, S. 149; Bolze 13, Nr. 496). In der Entscheidung des ROHG. 9, S. 429, ist noch besonders betont, daß der Umstand allein, daß eine Handlung im Privatinteresse des Gesellschafters liegt und der Dritte dies weiß, noch keine Kollusion begründet. Denn damit braucht nicht notwendig Schädigung der Gesellschaft verbunden zu sein. So kann z. B. der Gesellschafter für seine persönliche Schuld namens der Gesellschaft gültigerweise die Bürgschaft übernehmen oder einen Gesellschaftsgegenstand zum Pfand bestellen oder ein Darlehen aufnehmen, um seine Tochter auszustatten, und der Umstand allein, daß der Gegenkontrahent diese Zwecke kennt, begründet noch keine Kollusion (vergl. ROHG. 9, S. 431; ebenso Bolze 13, Nr. 496). So wird auch die Wechselklage gegen die Gesellschaft dadurch nicht ausgeschlossen, daß der namens der Firma im eigenen Interesse akzeptierende Gesellschafter ein seine Einlage übersteigendes Guthaben an die Gesellschaft nicht hatte und der Wechselnehmer dies wußte, wohl aber dadurch, daß er dem Nehmer mitteilte, das Akzept solle zur Deckung seiner Einlage in die Gesellschaft dienen; denn diese würde der Gesellschaft wieder entzogen, wenn dieselbe das Akzept einlösen müßte (Bolze 6, Nr. 634; 17, Nr. 521).

§ 3 a. Zu beachten ist bei alledem, daß es sich überall um Vertretung der Gesellschaft, das heißt der gemeinschaftlichen Interessen aller Gesellschafter handelt. **Eine Vertretung des einzelnen Gesellschafters in Ausübung seiner Gesellschaftsrechte und -pflichten mit Wirkung nach außen gibt es nicht, die Eintragung einer solchen ins Handelsregister ist nicht möglich** (RG. 2, S. 32).

§ 4. 2. Abs. 2.) Die Vorschrift dieses Absatzes, **daß durch die Rechtsgeschäfte des Sozius die Gesellschaft selbst unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird**, ist eine Folge der Stellung des Gesellschafters als gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft. Ohneweiters folgt hieraus, daß die Gesellschaft auch für dolus und culpa in contrahendo des vertretungsberechtigten Gesellschafters haftet und umgekehrt Einreden aus dem Geschäfte selbst, auch wenn sie sich auf die Person des Vertreters beziehen, z. B. die exceptio vis, metus, doli, erroris geltend machen kann. Denn das gilt bei jedem Bevollmächtigten (vergl. § 7 zu Art. 52).

Gleichgültig ist, wann die Wirkung des Geschäftes eintreten soll. Die einmal erzeugte Verpflichtung bleibt bestehen, auch wenn zur Zeit, wo die Wirkung eintritt, die Gesellschaft nicht mehr besteht, wie z. B. wenn ein von der Gesellschaft gegebenes Blankoakzept erst nach der Auflösung oder nach dem Ausscheiden des socius gerens ausgefüllt wird (ROHG. 12, S. 325).

Wenn das Gesetzbuch des ferneren noch betont, daß es gleichgültig ist, ob ausdrücklich im Namen der Gesellschaft gehandelt oder dies nach den Umständen anzunehmen ist, so ergibt sich dies aus der allgemeinen Erwägung, daß die Kraft des Vertrages auf dem Willen der Parteien beruht. Ausdrückliches Kontrahieren im Namen der Gesellschaft liegt z. B. dann vor, wenn die Gesellschaftsfirma gezeichnet wurde, wobei die wörtliche Übereinstimmung nicht gerade absolut nötig ist (RG. 28, S. 118). Auch wenn der Dritte nicht weiß, daß der Gegenkontrahent

Digitized by Google

Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft ist, gilt dies; denn es ist anzunehmen, daß der Dritte ganz allgemein den Willen hat, mit demjenigen abzuschließen, der in Wirklichkeit Inhaber des Geschäftes ist (RG. 30, S. 77). Die Umstände aber müssen, um konkludent zu sein, ergeben, daß nach dem Willen beider Parteien für die Gesellschaft kontrahiert sein sollte (ROHG. 16, S. 357; ebenso AdlCl. 327). Die Beweislast, daß Umstände, aus denen dies zu schließen ist, vorliegen, trifft den, der sich auf sie beruft. Insbesondere spricht keine gesetzliche Vermutung dafür, daß ein Kaufmann, der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft ist, als Vertreter der Gesellschaft handelt (ROHG. 18, S. 226; Bolze 16, Nr. 494; K. Adler, S. 114; Gorski, S. 125), noch begründet der Umstand, daß er im eigenen Namen aufgetreten ist, eine gesetzliche Vermutung für das Gegenteil (ROHG. 22, S. 62; RG. 28, S. 118); vielmehr ist, wenn der Privatname des Gesellschafters so lautet wie die Gesellschaftsfirma, aus der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen, in welcher Eigenschaft er kontrahiert hat (RG. 17, S. 75). Doch wird allerdings in dem Falle, wo der Gesellschafter mit seinem von der Firma der Gesellschaft abweichenden Namen kontrahiert hat, eine schwerwiegende faktische Vermutung dafür anzunehmen sein, daß er für sich kontrahieren wollte, und es müssen, um eine Haftung der Gesellschaft gleichwohl anzunehmen, ganz besondere Umstände dargelegt werden (AdlCl. 1359; ROHG. 13, S. 287). Umgekehrt wird, wenn der Sozius in den Geschäftskreis der Gesellschaft fallende Geschäfte schlechtweg abschließt, das Kontrahieren für die Gesellschaft anzunehmen sein (OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 461). Beispiele für und gegen siehe Bolze 2, Nr. 836b und 1103; 8, Nr. 545. Strenger liegt die Sache bei Formalverpflichtungen, z. B. bei Wechselunterschriften.[2]) Hier muß die Firma vollständig gezeichnet sein, weil eben hier die Verpflichtung nicht bloß vom Willen, sondern von der Erfüllung der Form abhängt (ROHG. 12, S. 172; 20, S. 262). Hier muß geprüft werden, ob, rein abstrakt betrachtet, nicht nach dem konkreten Willen des Unterschreibenden, eine Unterschrift der Handelsgesellschaft vorliegt, und das ROHG. hat, wohl mit Recht, angenommen, daß sie nicht vorliegt, wenn ein Gesellschafter seinen Namen gezeichnet hat mit dem Zusatze: in Firma Müller & Co. Das ist nicht Firmenzeichnung, sondern Namensunterschrift mit Kennzeichen (ROHG. 14, S. 201). Man darf aber auch hiebei nicht allzu rigoros sein und auf buchstaben- oder wortgetreue Unterzeichnung der registrierten Firma Wert legen, letzteres darf man insbesondere dann nicht, wenn sich tatsächlich die Gesellschafter einer anderen, kürzeren Firmenzeichnung bedienen, z. B. Gebr. statt Gebrüder. Ebenso AdlCl. 686, wo die Weglassung eines im Handelsregister eingetragenen Zusatzes der Gesellschaftsfirma für unerheblich erachtet wurde. (Vergl. hierüber Staub, Kommentar zur Wechselordnung, §§ 11 und 42 zu Art. 4, § 6 zu Art. 21.)

Darüber, was bei Kollektivvertretungen gilt, vergl. § 2 zu Art. 115.

In Fällen, wo unrichtig gezeichnet ist, ist aber wenigstens das zu Grunde liegende Geschäft gültig und für die Gesellschaft verbindlich, wenn der Wille, für die Gesellschaft zu handeln, bewiesen wird (ROHG. 22, S. 62). (Anders, wie eben gezeigt, bei Formalverpflichtungen.)

---

[2]) Nicht auch bei Grundbuchsgeschäften (Johow 13, S. 171).

Digitized by Google

Auf ganz anderem Gebiete liegt das Erfordernis des Nachweises, daß der handelnd auftretende Gesellschafter zu dieser Zeit berechtigt war, die Gesellschaft zu vertreten. Es besteht keine Vermutung dafür, daß die von einer zur Vertretung einmal berechtigt gewesenen Person vorgenommene Handlung während der Dauer ihrer Vertretungsbefugnis vorgenommen wurde (ROHG. 19, S. 318). Das wird besonders praktisch bei undatierten Erklärungen; ein Fall dieser Art lag der zitierten Entscheidung zu Grunde.

§ 5. **Zusatz. Haftung der Gesellschaft für außervertraglichen Schaden, insbesondere für Delikte des vertretungsbefugten Gesellschafters.** Hierüber hat das Gesetzbuch eine direkte Vorschrift nicht gegeben, sie war in Aussicht genommen, blieb aber schließlich weg (P. 4528, 4518). So spricht der Abs. 2 nur davon, daß die Rechtsgeschäfte des Gesellschafters für die Gesellschaft verbindlich seien. Indessen was hier von Rechtsgeschäften angeordnet ist, ergibt sich als logische Konsequenz auch für außerkontraktliche Versehen und Delikte, und zwar aus der im § 1 entwickelten Eigenschaft des Gesellschafters als gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft. Als solcher ist er das Organ, durch welches der Personenverein seine Interessen überhaupt nur wahren, im Rechtsleben überhaupt nur auftreten kann, und daraus folgt, daß die Gesellschaft nicht bloß, wie ausdrücklich vorgeschrieben ist, für Rechtsgeschäfte des socius gerens haften muß, sondern, wie dies jetzt auch für die Organe der juristischen Person anerkannt wird (vergl. § 10 zu Art. 52), für die Folgen aller Handlungen, die er bei Führung der Gesellschaftsgeschäfte vornimmt, und zwar tritt diese Haftung der Gesellschaft schon dann ein, wenn das Verschulden nur einen der zur Kollektivvertretung befugten Gesellschafter trifft (RG. bei SeuffA. 54, Nr. 232). Dieser Standpunkt wird auch vom RG. vertreten. Dasselbe hat im Gegensatze zum ROHG., welches die Haftbarkeit der Gesellschaft für die Delikte des Gesellschafters verneint hat (vergl. z. B. ROHG. 19, S. 202; 25, S. 347, welche letztere Entscheidung sich auf arglistige Empfehlung bezieht), anfangs nur nach französischem Rechte, welches im Art. 1384 des code eine weitgehende Schadenersatzpflicht für Vertreter vorsieht (RG. 10, S. 301), sodann aber allgemein aus handelsrechtlichem Gesichtspunkte die Frage bejaht — vergl. prinzipiell für Delikte RG. 17, S. 93 und in Anwendung auf spezielle Fälle RG. 15, S. 121 (Eingriff in Firmen-, Urheber-, Markenschutz- und Patentrechte); RG. 20, S. 190 (wissentlich falsche Empfehlung); RG. 32, S. 35. Vergl. ferner Bolze 5, Nr. 741 (Haftung für die Folgen einer Fabriksexplosion); 4, Nr. 799; 6, Nr. 633; 7, Nr. 631; 13, Nr. 495; RG. bei SeuffA. 56, Nr. 31 (Haftung für Unterschlagung; dortselbst wird auch die Frage nach der Haftung für die durch das Delikt entstandene Bereicherung erörtert). Zieht man hiebei in Betracht, daß das Reichsgericht für Delikte von Handlungsbevollmächtigten den Prinzipal nicht ohneweiters haften läßt, wie es selbst in dem oben zitierten Urteile (Entsch. Bd. 15, S. 125) berichtet, so fragt es sich, ob diese verschiedene Behandlung des Gesellschafter- und Bevollmächtigtendelikts juristisch gerechtfertigt ist. Die Frage ist zu bejahen. Der Unterschied liegt in der Verschiedenheit des Wesens der Handlungsvollmacht und der Vertretungsvollmacht des Sozius; dieser ist gesetzlicher, jener ist gewählter Vertreter (vergl. oben § 1). Dagegen hat der OGH. bei Links 5932 eine unbedingte Haftung der Handelsgesellschaft für jedes außerkontraktliche Verschulden ihrer Gehilfen angenommen, was entschieden zu weit geht (vergl. Oberstes Landgericht Bayern, SeuffA. 52, Nr. 31); übrigens geht der OGH. in dieser Entscheidung bezüglich der Frage nach der Haftung für Verschulden von der grundsätzlichen Gleichstellung der offenen Handelsgesellschaft mit einer einzelnen physischen und nicht mit einer juristischen Person aus.

Digitized by Google

Artikel 115.

Die Gesellschaft wird durch Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters nicht verpflichtet, wenn derselbe von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen (Art. 86, Ziffer 4) oder seine Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, aufgehoben ist (Art. 87), sofern hinsichtlich dieser Ausschließung oder Aufhebung die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 46 hinsichtlich des Erlöschens der Prokura die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Einleitung.

Hinsichtlich der Redaktion des Artikels ist zweierlei zu bemerken: sie ist einmal nicht genau, indem außer der völligen Ausschließung der Vertretungsbefugnis auch die Kollektivvertretung möglich ist, doch hat man diese als einen Fall der Ausschließung der Einzelvertretung aufgefaßt und durch die Zitierung des Art. 86, Nr. 4, treffen wollen (P. 1104); sodann aber ist hier wegen der Wirkung der Ausschließung gegen Dritte der Art. 46 zitiert, während im Art. 87, Abs. 2, diese Materie bereits geordnet ist, durch Allegierung von Art. 25. Doch liegt hierin nur ein formeller Mangel, kein materieller Widerspruch, weil mit beiden Allegierungen derselbe Sinn getroffen ist. — Den sachlichen Inhalt des Artikels anlangend, so drückt derselbe, anstatt positiv zu bestimmen, daß jeder Gesellschafter prinzipiell die Vertretungsbefugnis habe und die Ausschließung und Aufhebung derselben ausdrücklich und öffentlich geschehen müsse, denselben Gedanken in anderer Weise aus, nämlich so, daß er, unmittelbar anknüpfend an den Schlußsatz des vorigen Artikels, **anordnet, wann die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte des Gesellschafters nicht verpflichtet wird.** Sie wird nicht verpflichtet, wenn von vornherein die Ausschließung oder nachträglich die Aufhebung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis erfolgt und die Voraussetzungen des Art. 46 vorhanden sind. Danach zerfällt der Inhalt des Artikels in zwei Teile: 1. die Ausschließung und Aufhebung der Vertretungsbefugnis, 2. die Wirkung derselben gegen Dritte.

1. **Die Ausschließung und Aufhebung der Vertretungsbefugnis.** Die Vertretungsbefugnis ist, wie auch hier betont werden muß, wohl zu unterscheiden von der Geschäftsführungsbefugnis. Letztere trifft nur das Verhältnis nach innen, und die für sie gegebenen Vorschriften sind auf die Vertretungsbefugnis nicht ohneweiters übertragbar (ROHG. 2, S. 41; vergl. Einleitung zu Art. 114). § 1.
   a) **Über die Form der Ausschließung** oder Aufhebung vergl. die Erläuterung zu Art. 86, Nr. 4.
   b) **Die materielle Voraussetzung der Ausschließung oder Aufhebung der Vertretungsbefugnis.** Die gesetzlich jedem Gesellschafter verliehene Vertretungsmacht kann regelmäßig nur unter Zustimmung aller Sozien, insbesondere des davon betroffenen, beseitigt werden. Das gilt sowohl von der Ausschließung von vornherein als von der nachträglichen Aufhebung. Ob die Vertretungsbefugnis auch von den anderen Sozien widerrufen werden kann, ist sehr zweifelhaft geworden. Man streitet darüber, ob Art. 101 anwendbar ist (dafür Geiger in GZ. 40, S. 130; Meerfeld in GZ. 41, S. 95; dagegen Förtsch, Anm. 4; Behrend, § 72, Anm. 15; Gorski, S. 97; Plathner bei Gruchot 37, S. 75; ebenso die erste Auflage unseres Kommentars). Wir nehmen nunmehr die Anwendbarkeit des Art. 101 an sich an, und zwar aus dem Grunde, weil die Vertretungsbefugnis regelmäßig nur die äußere Legitimation Dritten gegenüber herstellen soll, auf Grund deren der Sozius seine Geschäfts- § 2.

Digitized by Google

führungsbefugnis ausüben soll. Kann letztere entzogen werden, so kann es auch die erstere, wie der Mandant nach Widerruf des Mandats auch die Vollmachtsurkunde zurückverlangen kann.

Indessen ist zunächst mit Meerfeld darauf aufmerksam zu machen, daß die Anwendbarkeit des Art. 101 die Frage nach der Widerruflichkeit der Vertretungsbefugnis nicht prinzipiell erledigt, weil ja richtiger Ansicht nach Art. 101 nur den Fall trifft, wo eine besondere Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Sozien mit Ausschluß der übrigen stattgefunden hat, so daß die Fälle nicht getroffen werden, wo die Geschäftsführungs-, also hier die Vertretungsbefugnis dem Gesetze entsprechend verteilt ist (vergl. § 1 zu Art. 101). Außerdem ist aber darauf hinzuweisen, daß die Vertretungsbefugnis zwar regelmäßig nur die äußere Legitimation zur Ausübung des Geschäftsführungsrechtes ist, daß sie aber als selbständiges Recht konstituiert sein kann, sei es nun von vornherein ohne Geschäftsführungsbefugnis oder so, daß sie vereinbartermaßen nach Fortfall der Geschäftsführungsbefugnis fortbestehen soll, etwa um dem Sozius ein gewisses Prestige nach außen zu verleihen. Auf solche Fälle, wo die Vertretungsbefugnis ein besonderes Vertragsrecht bildet, kann der Art. 101 ebenfalls nicht angewendet werden.

Die Fälle seiner Anwendbarkeit sind hienach selten. In den übrigen Fällen ist eine einseitige Entziehung der Vertretungsbefugnis nicht möglich, vielmehr bleibt in diesen Fällen nur die Klage auf Auflösung oder Ausschließung möglich. (Im Ergebnis übereinstimmend Hupka, Vollmacht, S. 412; B. Mayer, S. 513.)

§ 3. In allen Fällen aber besteht nach unserer Ansicht die Möglichkeit, die Vertretungsbefugnis **durch einstweilige Verfügung** provisorisch zu entziehen (dafür Geiger, Merfeld a. a. O.; Rintelen, Die einstweilige Verfügung, S. 59; B. Mayer, S. 515; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 462; AmtlS. 804; dagegen Plathner a. a. O.). Denn der Richter kann gemäß § 382 EO. nach schrankenlosem Ermessen Maßregeln zur Sicherung streitiger Rechte treffen. Freilich wird sich die in Rede stehende Verfügung nicht auf § 381, Z. 1, sondern nur auf § 381, Z. 2 EO. gründen lassen, indem durch dieselbe vorläufig zur Verhütung drohenden Schadens der Zustand vom Richter herbeigeführt wird, den der Kläger mit der Klage auf Entziehung der Vertretungsbefugnis oder der Klage auf Ausschließung oder Auflösung herbeiführen will. Auch in den beiden letzten Fällen ist der die Voraussetzung jeder einstweiligen Verfügung bildende, zu sichernde Hauptanspruch vorhanden. Auf die Möglichkeit derartiger provisorischer Verfügungen ist auch bei den Beratungen hingewiesen (P. 242; Hahn, § 5 zu Art. 129; vergl. auch ROHG. 16, S. 72; RG. 22, S. 169).

§ 4. Der **Eintragung** derartiger Verfügungen steht — dies sei gegen die Gründe in AmtlS. 804 bemerkt — die Erwägung nicht entgegen, daß das Register nur für wirkliche Rechtsverhältnisse Raum bietet (§ 7 zu Art. 12); denn die einstweilige Verfügung regelt das Rechtsverhältnis, wenn auch nur vorübergehend. Eingetragen wird eine eingetretene, nicht eine bevorstehende Rechtsänderung (Gorski, S. 146). Freilich kann der die einstweilige Verfügung bewilligende Richter die Eintragung nicht anordnen (vergl. § 4 zu Art. 12); in dieser Richtung ist den Gründen des angeführten Erkenntnisses des OHG. beizustimmen. Erst auf Grund der erlassenen einstweiligen Verfügung ist die durch diese

Digitized by Google

Verfügung bewirkte Tatsache der — wenn auch nur vorläufigen — Aufhebung der Vertretungsbefugnis beim Registerrichter zur Eintragung anzumelden (vergl. hiezu B. Mayer a. a. O.).

c) **über die Kollektivvertretung**, welche das Gesetz als einen Fall der Ausschließung behandelt, vergl. Näheres § 2 zu Art. 86. Über die Art, wie Kollektivvertreter die Firma zeichnen, siehe § 3 zu Art. 86; über die Art, wie überhaupt das Zusammenwirken der Kollektivvertreter zu erfolgen hat, siehe § 6 zu Art. 41, desgleichen über die Folgen des nicht gemeinsamen Auftretens. Endlich siehe ebenda über die Frage, ob der dolus der Gesellschaft durch das Wissen eines Kollektivvertreters begründet wird. § 4a.

2. **Die Wirkung gegen Dritte** tritt ein unter den Voraussetzungen der Art. 46 und 25 (vergl. die Einleitung): die Ausschließung oder Aufhebung muß registriert und publiziert oder dem Dritten bekannt gewesen sein. Eigentliche Kollusion ist dann nicht notwendig. § 5.

Das gilt auch für die nicht registrierten Handelsgesellschaften: auch hier kann die gesetzliche Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden, es gilt dies gegen den Dritten aber nur, wenn dieser die Ausschließung gekannt hat. Diejenigen Handelsgesellschaften, welche der Eintragungspflicht nicht nachgekommen sind, werden dadurch von den Vorteilen des vorliegenden Rechtsinstitutes (des Ausschlusses einzelner Sozien von der Vertretung) so gut wie gänzlich ausgeschlossen.

Andrerseits wird die durch die öffentliche Bekanntmachung erzielte Wirkung gegen Dritte wieder beseitigt durch ein Verhalten der Gesellschafter, welches dem öffentlich bekundeten Ausschließungswillen widerspricht. Ein solches Verhalten liegt noch nicht in der Übertragung oder Gutheißung eines einzelnen Geschäftes, wohl aber in der Zuteilung eines Geschäftskreises, wenn auch von geringem Umfange, doch nur eines solchen Geschäftskreises, der mit Rechtsgeschäften verknüpft ist, nicht mit bloß faktischen Verrichtungen (z. B. Sortierungen, Beaufsichtigungen usw.; vergl. § 1 zu Art. 99). Dieses Prinzip ist für die Kollektivvertretung vom RG. ausgesprochen (5, S. 17), und ist auf jede ausgeschlossene oder aufgehobene Vertretungsbefugnis entsprechend anwendbar: in der Übertragung einer Geschäftsführung, die mit Rechtsakten verbunden ist und nach außen hervortritt, liegt ein solches Verhalten, und solche Übertragung wirkt, da nach Art. 116 eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis nicht zulässig ist, schon dann in der bemerkten Weise, wenn sie sich auch nur auf einen bestimmten Geschäftszweig bezieht (vergl. § 1 zu Art. 99). So wurde bei AdlCl. 2104 der einem von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossenen Gesellschafter erteilten Ermächtigung, die im Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens erzeugten Waren zu verkaufen, im Verhältnis zu Dritten die Wirkung einer Wiedererteilung der Vertretungsbefugnis beigelegt. Dagegen liegt ein solches Verhalten nicht schon in der Übertragung eines Einzelmandates, auch nicht in der zwar generellen, aber immerhin bestimmt begrenzten und offenkundig gemachten Übertragung des Geschäftsverkehres mit einer bestimmten Person (z. B. Übertragung der Postvollmacht) (RG. 24, S. 28).

Zusatz. Der hienach unbefugt handelnde Gesellschafter haftet dem Dritten in analoger Anwendung der Art. 55 und 298, Abs. 2 (vergl. RG. 6, S. 214). Doch kann die Gesellschaft ratihabieren (über die Ratihabition vergl. Näheres § 9 zu Art. 55). § 6.

Digitized by Google

Artikel 116.

Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnis eines Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung; insbesondere ist die Beschränkung nicht zulässig, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle.

Der Artikel bestimmt, daß eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber wirkungslos ist.

§ 1. 1. **Der Begriff der Vertretungsbeschränkung.** Sie steht im Gegensatze zur Ausschließung und Aufhebung. Nicht als Beschränkung, sondern als zulässige Ausschließung ist es anzusehen, wenn mehrere Gesellschafter mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreiben und der Gesellschafter für das eine Geschäft von der Vertretung ausgeschlossen wird (P. 4528). Doch sind mehrere Niederlassungen mit verschiedenen Firmen, nicht der Fall einer Zweigniederlassung mit gleicher Firma vorausgesetzt (OHG. Stuttgart in Busch, Archiv 9, S. 454; Blaschke-Pitreich, S. 134). Als Fall der Ausschließung sieht das Gesetz die Anordnung der Kollektivvertretung an (vergl. § 2 zu Art. 115). Dieselbe wird jedoch nur darin erblickt, daß mehrere Gesellschafter gemeinsam an ihre gegenseitige Zustimmung gebunden sind. Nimmt man mit der Praxis die Wirksamkeit der hier für unzulässig erachteten Anordnung an, daß ein Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen zeichnen dürfe (vergl. § 4 zu Art. 43), so wird die Vertretungsmacht des Prokuristen erweitert und nicht der Umfang der Vertretungsmacht des Gesellschafters auf den Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen eingeschränkt (vergl. Staub [8], Anm. 16 zu § 125).

§ 2. 2. **Die Wirkungslosigkeit gegen Dritte** tritt auch dann ein, wenn der Dritte die Beschränkung gekannt hatte. Darin allein liegt keine Kollusion; erst wenn diese vorliegt, haftet die Gesellschaft nicht (vergl. § 3 zu Art. 114). **Als Dritte sind aber die Gesellschafter selbst nicht zu betrachten, selbst wenn sie mit der Gesellschaft kontrahiert haben,** (Behrend, § 77, Anm. 8; Förtsch, Anm. 3; Gorski, S. 55; anders RG. 7, S. 120). Sie hören dadurch nicht auf, Gesellschafter zu sein, können der Gesellschaft gegenüber, die doch nichts anderes ist, als die vereinigten Sozien selbst, begrifflich nicht als Dritte betrachtet werden, und es kommen daher für und gegen sie die Regeln von der Geschäftsführung in Betracht. Dies namentlich auch hinsichtlich der Frage, wie weit ein Gesellschafter berechtigt ist, mit sich selbst namens der Gesellschaft zu kontrahieren. Die Möglichkeit an sich ist vom RG. anerkannt (vergl. § 2 zu Art. 114 und Zusatz zu Art. 112, wo das Verhältnis des mit der Gesellschaft kontrahierenden Gesellschafters des näheren erörtert wird.[1])

Artikel 117.

Die Gesellschaft wird vor Gericht von jedem Gesellschafter gültig vertreten, welcher von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist.

[1]) Zustellungen an sich selbst kann der Gesellschafter allerdings nicht vornehmen (RG. 7, S. 404). Will er die Gesellschaft verklagen und ermangelt dieselbe eines andern gesetzlichen Vertreters, so bietet § 8 ZPO. einen Ausweg.

Digitized by Google

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

Einleitung.

Die **hier gegebenen Vorschriften über die prozessuale Vertretung der Handelsgesellschaft** würden sich auch ohneweiters aus Art. 114 ergeben. Sie sind von uns bereits in anderem Zusammenhange erwähnt und erläutert (vergl. § 1 ff. zu Art. 111). — Dem dort Gesagten mögen noch folgende Bemerkungen hinzugefügt werden:

§ 1. 1. Die prozessualische Vertretungsbefugnis ist, wie die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters überhaupt, **unbeschränkt und unbeschränkbar**: sie hat den weitesten Umfang, den eine General- und Spezialvollmacht zur Prozeßführung nur haben kann. Der vertretungsberechtigte Sozius kann daher Prozeßvollmachten ohne Mitwirkung der anderen Sozien ausstellen, Vergleiche und Schiedsverträge selbständig eingehen, Zugeständnisse[1]) machen und auf den Rechtsstreit verzichten. Auf die Vertretung eines von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters kann aber weder die Aktiv- noch die Passivlegitimation gestützt werden, auch nicht unter dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio (ROHG. 2, S. 38). Mehrere die Gesellschaft im Prozesse vertretende Gesellschafter nehmen nicht etwa die Stellung von Streitgenossen ein. In den Regierungsmotiven zu § 373 ZPO. (Mat., I., S. 324) ist dies ausdrücklich betont, (zust. OGH. in GH. 1892, Nr. 32; Canstein, I., S. 438; Skedl, S. 161; Horten, GH. 1900, Nr. 46; a. M. R. Pollak, Zivilpr., S. 134, wohl auch AmtlS. 382).

§ 2. 2. Was in Bezug auf **Vernehmung als Partei** für die Gesellschaft Rechtens ist, ergibt sich aus § 373 ZPO.

§ 3. 3. **Kollektivvertreter** können auch hier nur gemeinsam handelnd auftreten. Geben sie widersprechende Erklärungen ab, so wird es so angesehen, als sei eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben, und es treten Kontumazialfolgen ein (Skedl, S. 161; RG. 5, S. 71). Zustellungen erfolgen aber gültig an einen Kollektivvertreter (Randa, II., S. 207). Auf § 90 ZPO. kann diese Ansicht nicht gestützt werden; denn derselbe „setzt mehrere zur Empfangnahme gerichtlicher Zustellungen ermächtigte Vertreter voraus", und ob dem einzelnen Kollektivvertreter diese Ermächtigung zusteht, soll ja erst entschieden werden (dies gegen Skedl, S. 161, und die Begründung bei AdlCl. 1504). Zu der hier vertretenen Ansicht führt dagegen eine analoge Anwendung des Art. 144 und 235 HGB. und des § 21 GenG., wo überall die an einen Kollektivvertreter erfolgte Zustellung für wirksam erklärt wurde. Gorski, S. 150, lehnt die analoge Anwendung der angeführten Bestimmungen auf unseren Fall ab, weil es sich bei demselben um eine gesetzliche, hier aber um eine gewillkürte Kollektivvertretung handle; es ist aber nicht abzusehen, welchen Einfluß die Entstehungsursache der Kollektivvertretung auf den Umfang der Befugnisse der Kollektivvertreter ausüben soll (dagegen Blaschke-Pitreich, S. 135). Vergl. auch Art. IV, Z. 2 EinfG. zur ZPO., wonach die bestehenden Vorschriften über Behändigung von Ladungen und anderen Zustellungen an Gesellschaften aufrecht erhalten wurden. Ist Zustellung zu

[1]) Gibt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ein Zugeständnis oder eine Anerkennung ab, während der andere in einem späteren Prozeßstadium sich bestreitend verhält, so ist der Fall nach § 266, Abs. 2 ZPO. zu beurteilen. Werden beide Erklärungen gleichzeitig abgegeben, so ist eine rechtserhebliche Erklärung überhaupt nicht abgegeben. (Skedl, S. 161; vergl. Bolze 9, Nr. 471.)

Digitized by Google

eigenen Handen nicht notwendig, so findet § 103, Abs. 1 ZPO. Anwendung. Die Zustellung an eine der dortselbst genannten Personen ist eben rechtlich der Zustellung an den Gesellschafter gleich zu achten. Dies führt im Ergebnisse zur Anwendbarkeit der Zustellungsvorschrift des § 105 ZPO. auf offene Handelsgesellschaften, da jeder Beamte oder Bedienstete der Gesellschaft notwendigerweise im Gewerbe des einzelnen Gesellschafters bedienstet ist. Unmittelbar ist § 105 ZPO. auf offene Handelsgesellschaften nicht anwendbar (vergl. Horten, Zivilpr., I., S. 134).

§ 4. 4. **Auch strafprozessualische Akte**, welche die Gesellschaft betreffen, wie die Stellung und Zurücknahme von Strafanträgen, die Erklärung, einem Strafverfahren als Privatbeteiligter beizutreten, kann der vertretungsberechtigte Sozius vornehmen (vergl. § 1 zu Art. 42 wegen des Prokuristen).

Artikel 118.

Die Erteilung, sowie die Aufhebung einer Prokura geschieht mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte durch einen der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter.

Einleitung. Auch die Vorschrift dieses Artikels ist unnötig, weil sie sich als Konsequenz aus Art. 114 von selbst ergibt. Sie ist nur aufgenommen worden, um im Gegensatze zu Art. 104, der dieselbe Frage für das innere Verhältnis der Sozien regelt, das nach außen Geltende nochmals besonders hervorzuheben.

§ 1. 1. **In diesem Gegensatze liegt auch die Bedeutung der Vorschrift.** Sie wird verwischt und verdunkelt, wenn man den Gegensatz zu den entsprechenden Bestimmungen über das innere Verhältnis nicht festhält. Dazu ist vor allem das Festhalten an der Terminologie des Gesetzes, die Unterscheidung der zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Gesellschafter einerseits von den geschäftsführenden Gesellschaftern andrerseits erforderlich. Gerade hiegegen fehlen aber Gareis-Fuchsberger in den Noten zu diesem Artikel (S. 247, Note 131).

§ 2. 2. **Im einzelnen ergibt sich aus dieser rechtlichen Bedeutung der Vorschrift:** Die von dem vertretungsbefugten Gesellschafter erteilte Prokura muß eingetragen werden, ohne Rücksicht auf die Zustimmung der übrigen Sozien, auch wenn der erteilende Gesellschafter nach innen keine Geschäftsführungs- oder nur Kollektiv-Geschäftsführungsbefugnis hatte. (Die österreichische Judikatur schwankt in diesem Punkte hin und her: dafür AdlCl. 1080, 1482, 1509, 1546; dagegen 761, 1304, 2067.) Die Bestellung und der Widerruf durch Kollektivvertreter bedarf gemeinsamen Handelns (Blaschke-Pitreich, S. 156; Canstein, I., S. 541; Gorski, S. 150). Der Versuch Lastigs (bei Endemann, I., S. 359), den Einzelwiderruf des Kollektivvertreters für wirksam zu erachten, ist verfehlt. Man kann nicht deduzieren: es könne jeder Machtgeber seine Vollmacht widerrufen, und mit dem Widerruf durch einen Kollektivvertreter falle die auf der Bestellung durch beide beruhende Vollmacht; denn die Kollektivvertreter erteilen nicht ihre Vollmacht, sondern die Vollmacht der Gesellschaft, und können diesen für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtsakt ebensowenig einseitig widerrufen wie jeden sonstigen. Anschütz und Völderndorff begründen die Ansicht gleichfalls nicht überzeugend. Sie klammern sich an den Wortlaut des vorliegenden Artikels und meinen, daß Art. 104 nicht

Digitized by Google

entgegenstehe, weil dieser nur auf das Verhältnis nach innen Bezug habe. Allein nicht der Art. 104 steht entgegen, sondern Art. 115, der das allgemeine Prinzip ausspricht, daß ein von der Gesellschaft ausgeschlossener Gesellschafter nach außen die Gesellschaft nicht verpflichtet, und die Kollektivvertretung ist als Ausschließung aufgefaßt. Der Wortlaut des vorliegenden Artikels steht auch gar nicht so schroff entgegen. Denn ein zur Vertretung befugter Gesellschafter ist eben ein solcher, der die Gesellschaft voll und ganz vertreten kann; steht diese Befugnis nur mehreren zusammen zu, so sind es die mehreren zusammen. Die Art. 116 und 117 haben ja den ähnlichen Wortlaut. Und endlich bestätigt die in der Einleitung wiedergegebene Entstehungsgeschichte des Artikels, daß die Bedeutung der Vorschrift lediglich in dem Gegensatze zur Geschäftsführung liegt, während davon, daß eine Erweiterung der Befugnisse des kollektivberechtigten Gesellschafters, eine Ausnahme von der sonstigen Gestaltung der Kollektivvertretung beabsichtigt gewesen wäre, nichts verlautet (übereinstimmend Behrend, § 72, Anm. 26; v. Hahn, §§ 2 bis 4; Puchelt, Anm. 2; anders AdlEl. 223 und 2124 [vergl. aber die Gründe der zweiten Instanz]).

Entgegenstehende Vereinbarungen der Sozien über die Berechtigung zur Bestellung oder zum Widerrufe der Prokura sind gültig, jedoch nur nach innen, ihre Geltendmachung erfolgt in Gemäßheit des im § 2 zu Art. 104 Ausgeführten.

Zum Prokuristen kann nicht der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter ernannt werden (vergl. § 2 zu Art. 41 und § 2 zu Art. 86).

Über das Widerrufsrecht im Falle, daß alle Sozien von der Vertretung ausgeschlossen sind, siehe § 2 zu Art. 104.

Zusatz. Auf Handlungsvollmachten bezieht sich der Artikel nicht. Was die Berechtigung der Sozien zur Erteilung dieser anbelangt, so vergl. wegen des Verhältnisses nach innen § 3 zu Art. 104. Die Berechtigung nach außen ergibt sich aus Art. 114 für jeden vertretungsberechtigten Gesellschafter.

§ 3. Darüber, daß ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter nicht zum General-Handlungsbevollmächtigten bestellt werden kann, vergl. § 2 zu Art. 86 (dagegen Behrend, § 72; Hahn, § 1).

Artikel 119.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte oder einen Anteil an denselben zum Behuf ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme kann für sie nur dasjenige sein, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und an Gewinnanteilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt.

Vorbemerkung zu Art. 119 bis 122. Diese Artikel unterstellen das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft den Grundsätzen des „Eigentums zur gesamten Hand", das heißt sie nehmen dem einzelnen Gesellschafter mit dinglicher Wirkung gegenüber Dritten die Möglichkeit der Verfügung über seine Quoten (vergl. § 6 zu Art. 91) an den Gesellschaftsaktiven. Die in Rede stehenden Bestimmungen, die bereits in einzelnen, dem allgemeinen deutschen HGB. voran-

Digitized by Google

gehenden Rechtsordnungen ihre Vorbilder hatten[1]), wurden erst nach heftigen Kämpfen ins HGB. aufgenommen (vergl. P. 161, 279, 1027, 1133 bis 1144, 4320 bis 4527, 4638). Über die legislatorische Begründung der Bestimmungen, wie sie die Art. 119 bis 122 enthalten, wurden in der Literatur und gelegentlich der Gesetzesberatungen die verschiedensten Ansichten geäußert, von denen jedoch keine vollständig befriedigt.[2])

Das Gesellschaftsvermögen bildet infolge der Art. 119 ff. ein ausschließliches Zugriffsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger. Für die Befriedigung ihrer Forderungen haftet es ausschließlich, freilich jedoch nicht dinglich, sondern nur in seinem jeweiligen Bestande, und die Gesellschafter sind durch nichts gehindert, diesen jeweiligen Bestand nach Belieben zu ändern, zu reduzieren oder gar in ein Nichts zu verwandeln, etwa durch Auflösung und Verteilung unter sich oder Überweisung an einen von ihnen, Rechtsakte, durch welche das bisherige Gesellschaftsvermögen aufhört, ein solches zu sein. Doch können die Gesellschaftsgläubiger solche Rechtsakte, wenn sie fraudulos gegen ihre Befriedigung gerichtet sind, paulianisch anfechten (vergl. z. B. RG. 24, S. 14, Fall der fraudulosen Inferierung des Gesellschaftsvermögens in eine gegründete Aktiengesellschaft).

§ 1. 1. **Voraussetzung der Anwendung dieses Artikels ist das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft.** Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages genügt nicht; Gewerbebetrieb unter gemeinschaftlicher Firma und auf gemeinschaftliche Rechnung (vergl. 7 zu Art. 85) ist notwendig. Mehrere Miteigentümer können nicht durch bloßen Abschluß eines Gesellschaftsvertrages ihr Miteigentum dem Zugriffe ihrer Gläubiger entziehen. Der dinglichen Gebundenheit der Miteigentumsanteile gegenüber Dritten muß ein dem Dritten erkennbarer äußerer Tatbestand entsprechen. Andrerseits können die Wirkungen der Art. 119 ff. nicht durch bloße Erzeugung eines der offenen Handelsgesellschaft entsprechenden äußeren Tatbestandes erzeugt werden. Durch Aufnahme des Namens eines am Gewerbebetriebe und dessen Ertrage unbeteiligten Strohmannes kann kein Kaufmann sein Geschäftsvermögen seinen Gläubigern entziehen. Auf Kleinhandelsgesellschaften sind die Artikel nicht anwendbar (AdlCl. 2066). Erreichen jedoch die vom gesellschaftlichen Gewerbe zu entrichtenden Steuern das in § 7 EinfG. normierte Maß, so kommt es für die Anwendbarkeit dieses Artikels auf die Tatsache der Registrierung nicht an (anders AdlCl. 289).

§ 1a. 2. **Versagt ist der Zugriff den Privatgläubigern.** Den Gegensatz zu diesen bilden die Gesellschaftsgläubiger, das sind die Gläubiger, die einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft erwirkt haben und wie jetzt aus § 11, Abs. 2 EO. hervorgeht, die gegen einen einzelnen Gesellschafter in Angelegenheit der Gesellschaft (also auf Grund der in Art. 112 normierten Solidarhaft) einen Exekutionstitel erwirkt haben. In letzterem Falle muß allerdings, ehe eine Exekution in das Gesellschaftsvermögen bewilligt wird, durch eine Einvernehmung eines vertretungsbefugten Gesellschafters festgestellt sein, daß dem gegen den einzelnen Gesellschafter erwirkten Exekutionstitel eine Gesellschaftsschuld zu Grunde liegt (§ 11, Abs. 2 EO.; Mat., I., S. 472).

---

[1]) Für Österreich vergl. Art. 1, P. 18 der Fallitenordnung vom 18. August 1734, die verschiedenen Verordnungen über die Führung der Handlungsprotokolle aus den Jahren 1853 und 1857. In der älteren österreichischen Literatur wurde sogar auf Grund des § 1202 ABGB. für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ein dem Art. 119 entsprechender Rechtsatz angenommen (vergl. Ellinger, Das allgemeine österreichische Zivilrecht, S. 553; M. W., Die Lehre von den Handelsgesellschaften [1851], S. 4).

[2]) Vergl. die Zusammenstellung bei Pisko, Unternehmen, S. 221.

Digitized by Google

Schulden, für die sämtliche Gesellschafter aus einem mit dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe in keinem Zusammenhange stehenden Rechtsgrunde haften, sind Privatschulden (ROHG. 24, S. 159; RG. 16, S. 16; AdlCl. 2102; OGH., ZBl. 1907, Nr. 248). K. Adlers Ansicht (S. 109), daß die Art. 119ff. den Gegensatz zwischen Gläubigern, denen nur einzelne Gesellschafter haften (Privatgläubiger), und Gläubigern, denen alle Gesellschafter aus was immer für einem Rechtsgrunde solidarisch haften (Gesellschaftsgläubiger), im Auge haben, entspricht zwar der logischen Konsequenz, hat auch auf Grund des § 736 deutsche ZPO. für die Gesellschaft des deutschen bürgerlichen Rechtes gesetzliche Anerkennung gefunden (anders für die offene Handelsgesellschaft, § 124, Abs. 2 deutsches HGB.), läßt sich jedoch durch den Wortlaut der Art. 119 bis 121 für das geltende Recht nicht begründen und läßt sich mit dem Wortlaute des Art. 122 nicht vereinen; unter den Gesellschaftsgläubigern, die im Falle des Konkurses der Gesellschaft auf das Privatvermögen der Gesellschafter nur bezüglich ihres im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfalles greifen dürfen, können nicht Gläubiger verstanden sein, denen die Gesellschafter aus einem mit dem Betriebe des gesellschaftlichen Gewerbes in keinem Zusammenhange stehenden Rechtsgrunde haften.[3]) Tritt ein Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmannes ein, so sind dessen Geschäftsgläubiger gegenüber der entstehenden Gesellschaft Privatgläubiger (vergl. § 1 zu Art. 113). Ebenso sind gegenüber der durch Fortsetzung des Geschäftes eines Kaufmannes durch mehrere Erben entstehenden Gesellschaft die Geschäftsgläubiger des Erblassers Privatgläubiger. § 2.

3. **Ausgeschlossen vom Zugriffe der Privatgläubiger ist das Gesellschaftsvermögen.** Die Voraussetzungen des dinglichen Rechtserwerbes zu Gunsten der Gesellschaft müssen vorliegen. Bewegliche Sachen müssen übergeben sein, das heißt im Betriebe des gesellschaftlichen Gewerbes in Verwendung stehen, Grundstücke und Patente müssen auf die Firma der Gesellschaft umgeschrieben sein (vergl. K. Adler, S. 103ff.; RG. 54, S. 103). Gegenüber den Gläubigern ist die in Art. 91 aufgestellte Vermutung, solange nicht die allgemeinen Voraussetzungen der dinglichen Rechtsänderung erfüllt sind, ohne Bedeutung (vergl. K. Adler a. a. O.; § 3 zu Art. 91). Bloß ad usum inferierte Gegenstände bilden keinen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens (K. Adler, S. 100); bei eingebrachten beweglichen Sachen wird allerdings über die Frage, ob illatio quoad sortem oder quoad usum vorliegt, auch gegenüber den Gläubigern die Vermutung des Art. 91 von Bedeutung sein; denn der äußere Tatbestand ist hier bei beiden Arten der Einbringung der gleiche. Die Exekution auf bewegliche, quoad usum eingebrachte Sachen seitens der Privatgläubiger des inferierenden Gesellschafters wird allerdings aus einem anderen Grunde undurchführbar sein. Der Sachpfändung steht die mangelnde Gewahrsame des Verpflichteten entgegen (die Gesellschaft braucht die Pfändung von wem immer gehörenden, in ihrer Gewahrsame befindlichen Gegenständen nicht zuzulassen: § 262 EO.; AdlCl. 2325). Dem Gläubiger aber, dem der Anspruch eines Gesellschafters auf Herausgabe der von seinem Schuldner in die Gesellschaft eingebrachten Sachen überwiesen wird, kann die Gesellschaft die Einrede entgegenhalten, daß der Schuldner verpflichtet ist, den eingebrachten Gegenstand im Gesellschaftsfonds zu belassen. Gegen

[3]) Die Ausführungen des Textes werden besonders praktisch, wenn dieselben Personen mehrere Handelsgesellschaften bilden (vergl. § 3 zu Art. 85). Zu der im Texte bekämpften Ansicht gelangt auf Grund eines nicht zu billigenden arg. a contr. aus § 11 EO. Wieselthier, ZBl. 1908, S. 183.

Digitized by Google

eine gegen einen Gesellschafter in Bestandteile des Gesellschaftsvermögens vollstreckte Exekution steht der Gesellschaft die Klage nach § 37 EO. und bei Gewahrsamsverletzung der Gesellschaft auch die Beschwerde nach § 68 EO. zu (AdlCl. 2325). Der belangte Gläubiger kann nicht einwenden, daß für die gegen den Gesellschafter vollstreckbare Forderung nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes auch die Gesellschaft haftet, z. B. daß die Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen die durch Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes entstehende Gesellschaft für die vollstreckbare Geschäftsforderung gegen den früheren Einzelkaufmann haftet.

Daß der Exekution analog die Frage des Arrestes zu beurteilen ist, ist im vorliegenden Artikel deutlich gesagt und braucht nicht noch besonders belegt zu werden, wie dies Gareis-Fuchsberger (S. 248, Note 135) tun, indem sie sich auf ROHG. 12, S. 262, berufen. § 37 EinfG. zum HGB. bestimmt: „Unter dem im Art. 119 des HGB. vorkommenden Ausdrucke „Arrest" ist das in den Prozeßvorschriften enthaltene Verbot auf bewegliche Sachen des Schuldners zu verstehen." Unter Arrest sind sohin die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen im Sinne des § 379 EO. zu verstehen (vergl. Art. XXVII EinfG. zur EO.). Unter beweglichen Sachen werden nach dem Sprachgebrauche unserer Gesetze auch Forderungen mitinbegriffen. Die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Gesellschafter auf zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderungen ergibt sich übrigens schon aus dem ersten Satze des Art. 119 in Verbindung mit § 380 EO.

§ 3. 4. **Der Exekution unterworfen sind die abtretbaren obligatorischen Ansprüche** der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnisse; die Ansprüche auf Zinsen, Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben. Die Zulässigkeit einer Exekution auf letzterwähnten Anspruch ist nicht von einer fruchtlosen Exekution in das Privatvermögen des Gesellschafters abhängig (vergl. § 1 zu Art. 126). Die Exekution auf diese Ansprüche richtet sich nach den Vorschriften über die Exekution auf Geldforderungen. Die Realisierung des Pfandrechtes erfolgt durch Überweisung. Dies gilt auch von der gepfändeten Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben. Art. 126 und § 333 EO. (vergl. auch § 6 zu Art. 126) schließen die Überweisung des gepfändeten Auseinandersetzungsguthabens nicht aus; sie geben dem Gläubiger nur ein Mittel an die Hand, die Fälligkeit der von ihm gepfändeten Forderung zu bewirken. R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 14 ff.) hält die Zwangsverwaltung des gesellschaftlichen Unternehmens zu Gunsten einer vollstreckbaren Forderung gegen einen Gesellschafter für zulässig, da diese Exekution nur eine Form der in Art. 119 für zulässig erklärten Exekution auf Zinsen und Gewinnanteile darstelle (ebenso ohne Begründung Kreis, JBl. 1899, S. 125; a. M. Schubert-Soldern, S. 428). Einer solchen Exekution steht zwar nicht Art. 119, der nur eine Exekution auf die Anteile an den einzelnen Gesellschaftsaktiven, nicht aber die Exekution auf den Gesellschaftsanteil als solchen trifft, entgegen, wohl aber der Rechtssatz, daß die Gesellschaftsrechte persönlich ausgeübt werden müssen (vergl. Art. 98, 123, Z. 3).

Artikel 120.

Die Bestimmung des vorigen Artikels gilt auch in Betreff der Privatgläubiger, zu deren Gunsten eine Hypothek oder ein Pfandrecht an dem Vermögen eines Gesellschafters kraft des Gesetzes oder aus einem anderen

Digitized by Google

Rechtsgrunde besteht. Ihre Hypothek oder ihr Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen und Rechte oder auf einen Anteil an denselben, sondern nur auf dasjenige, was in dem letzten Satze des vorigen Artikels bezeichnet ist.

Jedoch werden die Rechte, welche an den von einem Gesellschafter in das Vermögen der Gesellschaft eingebrachten Gegenständen bereits zur Zeit des Einbringens bestanden, durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt.

Der Artikel normiert das Verhältnis von dinglichen Rechten, welche am Vermögen des Gesellschafters bestehen, zum Gesellschaftsvermögen. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Sie ergreifen nicht das Gesellschaftsvermögen.** Generalpfandrechte — andere dingliche Rechte werden hier nicht abgehandelt — welche zu Gunsten der Privatgläubiger am Vermögen des Gesellschafters entstehen, ergreifen nicht das Gesellschaftsvermögen, eine Vorschrift, deren praktische Bedeutung in demselben Maße gesunken ist, als die des Institutes der Generalpfandrechte selbst. Das österreichische Recht kennt dasselbe nicht. § 1.

   Dieselbe Regel gilt aber ferner bezüglich aller anderen dinglichen Rechte, welche der Gesellschafter hinsichtlich seiner Anteilsrechte bestellt, oder der sonstigen Rechtsgeschäfte, die er hinsichtlich seines Anteiles abschließt, z. B. wenn er seinen Anteil veräußert, verpfändet, als Mitgift bestellt oder ein Gesellschaftsverhältnis hinsichtlich desselben einräumt.

   Hat der Gesellschafter (sc. nicht etwa im Namen der Gesellschaft und in befugter Vertretung derselben) an Sachen der Gesellschaft Rechte bestellt, so wirkt dies, wie auch sonst die Disposition über fremde Sachen wirkt. Handelt es sich z. B. um Verpfändungen, so greift unter Umständen die Einlösungspflicht nach § 456 ABGB. Platz.

2. (Abs. 2.) **Die an den Vermögensgegenständen des Gesellschafters zur Zeit der Einbringung bestehenden Rechte werden dadurch nicht in Frage gestellt.** Dingliche Rechte aller Art, nicht bloß die im ersten Absatze erwähnten, welche zur Zeit der Einbringung in die Gesellschaft am Vermögen des Gesellschafters bestehen, werden durch die Vorschrift des ersten Absatzes nicht berührt. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie unbedingt bestehen bleiben. Vielmehr gilt hierüber das, was aus sonstigen Rechtssätzen folgt. So z. B. können sie nach Art. 306 bis 308 infolge des Einbringens erlöschen. (Ebenso Förtsch, Anm. 4, während Gareis-Fuchsberger — S. 249, Note 139 — irrigerweise das Gegenteil lehren.) Zu beachten ist hiebei, daß das Einbringen eine Veräußerung ist, daß aber die Wissenschaft des inferierenden Gesellschafters von dem dinglichen Rechte, welches auf der Sache ruht, die mala fides der Gesellschaft begründet (vergl. Behrend, § 75, Anm. 12; RG. 9, S. 143; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 458; AdlEl. 1166). § 2.

Zusatz. Vom Retentionsrechte handelt der Artikel nicht. Hierüber gilt folgendes: Wegen einer Privatschuld können Gesellschaftssachen nicht retiniert werden (Art. 119), wohl aber Privatsachen wegen einer Gesellschaftsschuld (Art. 112). Daher ist die Entscheidung des ROHG. 21, S. 129, wonach das Retentionsrecht des Vermieters aus einem mit der Gesellschaft geschlossenen Mietsvertrage sich nicht auf die im Privateigentum eines Gesellschafters befindlichen, aber in den Mietsräumen stehenden Sachen erstreckt, nicht zutreffend. § 3.

Digitized by Google

Artikel 121.

Eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter findet während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch teilweise statt; nach Auflösung der Gesellschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist.

Literatur: Conrades, Kompensation und Schulden einer offenen Handelsgesellschaft, GZ. 43, S. 52.

Einleitung. **Der Artikel handelt von dem Kompensationsrechte** bei der offenen Handelsgesellschaft. Aus der anderweit entwickelten Geschlossenheit des Gesellschaftsverbandes und Gesellschaftsvermögens (vergl. § 6 zu Art. 91, auch RG. 30, S. 35) folgt der Grundsatz, daß nur dann eine gesetzliche Kompensation stattfindet, wenn sich die Gesellschaft als Gläubiger und ein Gläubiger der Gesellschaft gegenüberstehen, eine Forderung der Gesellschaft als solcher und eine Forderung an die Gesellschaft als solche. Mit anderen Worten: Nur Gesellschaftsforderung und Gesellschaftsschuld kompensieren sich gesetzlich, wie andrerseits nur Privatforderung und Privatschuld. Hält man dies fest, erwägt man weiter, daß ein Verfügungsrecht der Gesellschafter bezüglich ihrer Anteile an den Gesellschaftsaktiven nicht besteht, daß ferner die Gesellschafter für alle gesellschaftlichen Schulden solidarisch haften, so ergibt sich für die Behandlung der in Frage kommenden einzelnen Konstellationen folgendes:

§ 1. 1. **Die Gesellschaft als Klägerin** braucht sich nur eine Gesellschaftsschuld compensando entgegenhalten zu lassen, nicht eine Schuld eines einzelnen Gesellschafters, auch nicht eine Schuld gegen eine andere zwischen denselben Personen bestehende Gesellschaft (AdlEl. 2102, OGH., ZBl. 1907, Nr. 248). Sie braucht sich aber nur nicht die Kompensation gefallen zu lassen, selbstverständlich kann sie sich dieselbe gefallen lassen, bezw. ihr vertretungsberechtigtes Mitglied (AdlEl. 1555; vergl. Laband, GZ. 31, S. 14). Die Verantwortung für diese Zulassung hat der vertretungsberechtigte Sozius gegen die Gesellschaft; aber nach außen ist er zu jeder dem Gesellschaftsfonds nachteiligen Disposition legitimiert.

§ 2. 2. **Die Gesellschaft als Beklagte** kann gegen die geltend gemachte Gesellschaftsschuld nur ihre Gesellschaftsforderung zur Kompensation benützen, **nicht die Privatforderungen** ihrer Gesellschafter (ROHG. 6, S. 419; RG. 11, S. 117). Durch Zession oder Einbringung aber wird die Privatforderung des Gesellschafters Gesellschaftsforderung und dadurch zur Kompensation geeignet. Dem steht die bloße Einwilligung des berechtigten Gesellschafters in die Vorschützung der Kompensationseinrede nicht gleich. Denn dadurch wird sie noch keine Gesellschaftsforderung und nur mit einer solchen kann die beklagte Gesellschaft die Kompensation gegen ihren Gläubiger erzwingen (Bolze 9, Nr. 474; anders AdlEl. 72, ebenso auch das RG. 31, S. 81, welche Entscheidung von Conrades in GZ. 43, S. 52, mit Erfolg bekämpft wird). Die Zession kann der forderungsberechtigte und zugleich vertretungsberechtigte Gesellschafter noch im Prozesse erklären (Puchelt, Anm. 4; vergl. § 2 zu Art. 114). Die Gesellschaft kann aber auch nur Forderungen derselben Gesellschaft zur Kompensation benützen, worauf wohl zu achten ist, wenn dieselben Personen mehrere Gesellschaften bilden (ROHG. 24, S. 156; vergl. auch oben § 1).

Digitized by Google

3. **Der Einzelgesellschafter als Kläger** braucht sich allerdings nur Forderungen, die gegen ihn persönlich bestehen, entgegenhalten zu lassen. Dazu gehören jedoch infolge der solidarischen Einzelverpflichtung der Gesellschafter auch die Forderungen gegen ihn auf Erfüllung der Gesellschaftsschulden (HG. Wien vom 23. Jänner 1899, GZ. 1899, Nr. 21; Pollitzer, S. 171; Blaschke-Pitreich, S. 138). Ist die Gesellschaft im Konkurs, so ist hiebei Art. 122 zu beachten; vergl. dortselbst § 3. § 3.

4. **Der Einzelgesellschafter als Beklagter.** Hier muß unterschieden werden: ob er auf Grund seiner Haftung für die Gesellschaftsschulden oder wegen einer mit seinem Gesellschaftsverhältnis in keinem Zusammenhange stehenden Schuld verklagt wird. Im ersteren Falle darf er zunächst unbedenklich seine Privatforderung dem Kläger entgegenhalten. Denn (vergl. die Einleitung) die aus seiner persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden entspringende Schuld ist eben seine Privatschuld. Eine solche Kompensationserklärung befreit auch die Gesellschaft von ihrer Schuld (RG. 11, S. 119). Dem kompensierenden Gesellschafter bleibt gegen die Gesellschaft der Regreß auf Grund des Art. 93. Er kann aber in diesem Falle auch eine Gesellschaftsschuld compensando einwenden (RHG. 13, S. 66; Bolze 10, Nr. 537), und es ist dies kein Widerspruch mit dem oben (in der Einleitung) entwickelten Gesichtspunkte, sondern eine Folge des Grundsatzes, daß der Gesellschafter sich bei Belangung aus dem Art. 112 aller derjenigen Einwendungen bedienen kann, welche der Gesellschaft zustehen (Blaschke-Pitreich, S. 138; Canstein, I., S. 427; Randa, II., S. 26). Unbegründet ist es, wenn Laband (a. a. O., S. 17) ihm dieses Kompensationsrecht nur gibt, wenn er vertretungsberechtigter Gesellschafter ist. Er kann aber selbstverständlich nicht eine Privatforderung eines anderen Gesellschafters zur Kompensation entgegensetzen, über welche ihm ja keinerlei Disposition zusteht. (Ebenso Behrend, S. 535; Hahn, § 8; Cosack, S. 559; anders Conrades, GZ. 43, S. 69). Abgesehen hievon braucht sich der Gläubiger die Kompensation mit einer fremden Forderung nicht gefallen zu lassen. Wird gegen einen Gesellschafter auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten Urteiles gemäß § 11 EO. die Exekution bewilligt, so kann er die Kompensation mit einer ihm gegen den betreibenden Gläubiger zustehenden Privatforderung im Wege der Klage nach § 36, Z. 2 EO. geltend machen. Die Kompensation mit einer Gesellschaftsschuld ist aber keine persönliche Einrede; diese kann der Gesellschafter, gegen den gemäß § 11 EO. die Exekution bewilligt wurde, nur im Wege der Oppositionsklage nach § 35 EO. geltend machen, wenn die dortselbst hinsichtlich des Zeitpunktes der Entstehung und Möglichkeit der Geltendmachung der Kompensationsforderung aufgestellten Voraussetzungen zutreffen. (Vergl. § 7 zu Art. 111.) § 4.

Im zweiten Falle, wenn er auf Grund seiner persönlich kontrahierten Schulden belangt wird, kann er nur seine persönliche Forderung entgegensetzen, nicht aber die Forderung der Gesellschaft, wider den Willen des Klägers selbst nicht im Einverständnisse mit den übrigen Gesellschaftern, weil sie dadurch noch immer nicht seine Forderung wird (RG. 10, S. 49; 31, S. 84). Anders Laband, a. a. O., S. 15, der aber den Schwerpunkt auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander verlegt, während er in Wahrheit im Verhältnis zum Dritten, zum Gläubiger, liegt, der sich nicht die Kompensation mit einer fremden Forderung gefallen zu lassen braucht. Das Recht des vertretungsberechtigten Gesellschafters, über die Forderung zu disponieren, nimmt ihr ihren Charakter als fremde Forderung

Digitized by Google

nicht, kann ja auch der Generalbevollmächtigte in einem gegen ihn persönlich angestellten Prozesse die Forderung seines Machtgebers nicht zur Kompensation benutzen. Wohl aber kann der wegen einer Privatforderung verklagte Gesellschafter die Gesellschaftsforderung, wie der vorliegende Artikel hervorhebt, nach Auflösung der Gesellschaft und Abtretung der Gesellschaftsforderung an ihn vorschützen, aber auch, wie hinzuzufügen ist, nach Abtretung der Forderung während des Bestehens der Gesellschaft, da einer solchen Abtretung nichts entgegensteht. Diese Abtretung kann auch vom vertretungsbefugten Gesellschafter an sich selbst erfolgen (vergl. § 2 zu Art. 114). Aber ohne Überweisungsakt ist der Gesellschafter nicht berechtigt, eine Gesellschaftsforderung zur Kompensation zu benutzen. Darin ist dem Reichsgericht (10, S. 49) gegen Behrend (§ 76, Anm. 7) und Laband zuzustimmen.

§ 5. **Zusatz.** Nicht berührt durch vorstehenden Artikel sind:

1. **Die prozessualen Erfordernisse** der Kompensation und ihre **sonstigen Voraussetzungen; diese richten sich nach bürgerlichem Rechte.**
2. **Die vertragsmäßige Kompensation.** In Betreff ihrer herrscht Vertragsfreiheit. Es kann daher der vertragsbefugte Gesellschafter vereinbaren, daß seine Privatschuld durch Kompensation mit einer Gesellschaftsforderung gedeckt werde. Solche Abreden muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen, bis auf den Fall der Kollusion (ROHG. 9, S. 129). Über Kollusion vergl. § 3 zu Art. 114.

Artikel 122.[1])

Im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt, und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalles ihre Befriedigung suchen; den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, ob und wie weit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht.

Die Zulässigkeit eines besonderen Gesellschaftskonkurses ist in Art. 122 nicht direkt ausgesprochen (vergl. Jäger, a. a. O., S. 10), wohl aber in der Konkursordnung. Die Konkursfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft als solcher entspricht ihrer Parteifähigkeit (Jäger, Kommentar zu § 210 d. KO., Anm. 1).

Einleitung. Der Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft ist stets ein **kaufmännischer** Konkurs und es finden auf denselben die §§ 191 ff. KO. Anwendung. Dies wird für den Fall, als die Gesellschaftsfirma trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 EinfG. ins Handelsregister nicht eingetragen ist, mit Unrecht bestritten in AblCl. 955, 1033 und von R. Pollak, S. 49. Schon die grammatikalische Interpretation des § 191 KO. („. . . . auf den Konkurs von Handelsgesellschaften und von solchen Kaufleuten, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist") läßt es als unzulässig erscheinen, das Erfordernis der Firmenregistrierung auch in Ansehung der Handelsgesellschaften aufzustellen. Auch muß erwogen werden, daß die §§ 39, 42 EinfG. zum HGB. und § 191 KO. die Firmenregistrierung nicht als eine selbständige Voraussetzung, sondern nur als einen Beweis für die Eigenschaft eines Vollkaufmannes angesehen haben, den man allein den Bestimmungen über die handelsgerichtliche Kompetenz und den kaufmännischen Konkurs unterwerfen wollte. Von diesem Gesichtspunkte aus er-

[1]) Literatur: Dr. Otto Frankl, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Rechte; Jäger, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft.

Digitized by Google

weist es sich als vollkommen gerechtfertigt, das Moment der Firmenregistrierung nur bei dem Einzelkaufmanne hervorzuheben; denn wenn eine offene Handelsgesellschaft mit Rücksicht auf die Höhe der vom gesellschaftlichen Unternehmen entrichteten Steuern überhaupt besteht, so muß ihr notwendigerweise Vollkaufmannsqualität zukommen. (Vergl. Frankl, S. 30.) Der Gedanke, der der Textierung des § 51 JN. zu Grunde liegt, der mit der Firmenregistrierung ein selbständiges Erfordernis für die Zuständigkeit der Handelsgerichtsbarkeit aufstellen wollte, war der damaligen Gesetzgebung fremd. Aus der Bestimmung des § 204 KO., die die Anmerkung der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister vorschreibt, läßt sich kein Argument für die gegenteilige Ansicht ableiten. § 204 KO. hat eben — wie Frankl a. a. O. mit Recht hervorhebt — nur den Normalfall im Auge. Der Rechtswohltat des Zwangsausgleiches kann eine nicht ins Handelsregister eingetragene in Konkurs verfallene offene Handelsgesellschaft wegen der Bestimmung des § 208, lit. a KO. nicht teilhaftig werden (Frankl, S. 30). Die strittige Frage, welche Gesellschafter zur Stellung des Konkursantrages wegen Überschuldung der Gesellschaft nach § 62, Z. 1 KO. und zur Erstattung der Anzeige vor der Zahlungseinstellung nach § 194, Z. 1 KO. legitimiert sind (vergl. Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 52; R. Pollak, Konkursrecht, S. 53, 57; Frankl, S. 32), muß mittels analoger Anwendung des § 85 GmbHG. (vergl. § 16 zu Art. 240) entschieden werden, worauf auch die Regierungsmotive hindeuten. Die Gesetzeslücke ergibt sich aus dem Umstand, daß einerseits jeder Gesellschafter Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurse ist (§ 4 zu Art. 123), andrerseits der Konkurseröffnungsantrag einen das Schicksal der gesamten Gesellschaft beeinflussenden Dispositivakt darstellt, weiters aus der bekannten Antinomie zwischen Abs. 1 und 2 des § 197 KO. Nach Analogie des § 85 GmbHG. kann der Antrag auf Konkurseröffnung oder die Anzeige der Zahlungseinstellung von jedem persönlich haftenden Gesellschafter eingebracht werden. Ist jedoch Überschuldung oder Zahlungseinstellung nicht glaubhaft gemacht, so müssen vor der Konkurseröffnung alle vertretungsbefugten Gesellschafter einvernommen werden. Im Stadium der Liquidation gilt das Gleiche (vergl. Frankl, S. 35), nur daß statt der vertretungsberechtigten Gesellschafter die Liquidatoren zu hören sind.

§ 1. **Der Artikel normiert die Folgen des Gesellschaftskonkurses auf das Verhältnis der Gläubiger.** Er hat durch die Bestimmungen der Konkursordnung nachstehende Ergänzungen erfahren: Nach § 199 KO. zieht die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft die Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines jeden Gesellschafters nach sich; nach § 201, Abs. 3 KO. können die Privatgläubiger des in Konkurs verfallenen Gesellschafters im Gesellschaftskonkurse als Gläubiger nicht auftreten; wird über das Privatvermögen eines Gesellschafters der Konkurs verhängt, so braucht sich die Gesellschaft oder deren Konkursmasse in diesen Konkurs nicht einzulassen, sondern hat an die Konkursmasse des Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen nach Abzug seines Anteiles an den Gesellschaftsschulden im Wege der Auseinandersetzung auszufolgen (§ 200 KO.). Von dem im zweiten Absatze dieses Artikels erwähnten Vorbehalte hat die österreichische Gesetzgebung keinen Gebrauch gemacht; ein Absonderungsrecht der Privatgläubiger in Bezug auf das Privatvermögen der Gesellschafter besteht in Österreich nicht.

§ 2. Der Inhalt des Artikels besteht in 1. der Anordnung einer abgesonderten Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus der Gesellschaftsmasse; 2. dem Verweisen derselben wegen des Ausfalles auf das Privatvermögen der Gesellschafter.

Digitized by Google

1. **Die abgesonderte Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus der Gesellschaftskonkursmasse** ist die Konsequenz des im Art. 119 ausgesprochenen Grundsatzes. Bilden dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften, so werden die Gläubiger der einzelnen Gesellschaften aus deren Vermögen abgesondert befriedigt (vergl. § 3 des Art. 85). Über Behandlung der Ansprüche der Gesellschafter im Gesellschaftskonkurse vergl. zu Art. 123, Z. 3.

§ 3. 2. **Nur der Ausfall ist gegen die Konkursmasse des Gesellschafters geltend zu machen.** Die fortdauernde Gültigkeit dieser Bestimmung ist angesichts des § 31 EinfG. zum HGB. und des § 201 KO. zweifelhaft geworden.

> § 31, Abs. 1 EinfG. zum HGB.: „Um die Befriedigung des Ausfalles im Konkurse der Gesellschaft aus dem Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters zu erlangen, steht dem Gläubiger der Gesellschaft bevor, bei dem Konkurse über dieses Vermögen seine ganze Forderung an die Handelsgesellschaft anzumelden."
>
> § 201, Abs. 1 KO.: „Die Gesellschaftsgläubiger können ihre Forderungen mit dem vollen Betrage gleichzeitig im Konkurse der persönlich haftenden Gesellschafter anmelden."

Diese beiden Gesetzesstellen enthalten keine materielle, sondern bloß formelle Abänderung des Art. 122. Die Gesellschaftsgläubiger sollen bloß das Recht erhalten, ihre Forderungen im vollen Betrage bei der Konkursmasse des Gesellschafters anzumelden; liquidiert wird aber die Forderung dortselbst nur mit dem Betrage, mit dem sie im Gesellschaftskonkurse keine Befriedigung erhalten hat. Denn § 31 EinfG. zum HGB. beabsichtigt keine Abänderung, sondern nur eine Erläuterung des Art. 122; dem Gesellschaftsgläubiger wird ja das Recht, seine ganze Forderung im Konkurse des Gesellschafters anzumelden, nur zu dem Zweck gewährt, „um die Befriedigung des Ausfalles zu erlangen" (Frankl, S. 57). § 201, Abs. 1 KO. will aber bloß den Inhalt des § 31 EinfG. zum HGB. wiedergeben (Kaserer, Kommentar und Materialien zur Konkursordnung, S. 243). Andernfalls wären im § 240, Abs. 2 KO. die Worte: „soweit diese letzteren wegen ihres Ausfalles im Konkurse der Gesellschaft ihren Rückgriff nehmen", schwer verständlich (Frankl, S. 58, Note 26). (Zust. Pollitzer, S. 170; Blaschke-Pitreich, S. 139; Randa II., S. 25; dagegen R. Pollak, Konkursrecht, S. 171; K. Adler, S. 137.) Vom OGH. wurde die hier vertretene Ansicht in AdlEl. 128 (allerdings erflossen vor Wirksamkeit der KO.) in den Gründen zu AdlEl. 1313, 1738, 716, 766 akzeptiert. Unter Ausfall ist jener Betrag zu verstehen, mit dem der Gesellschaftsgläubiger leer ausgegangen wäre, wenn er seine Forderung im Gesellschaftskonkurse ordnungsmäßig angemeldet hätte, nicht jener Betrag, bezüglich dessen er wegen unterlassener Anmeldung tatsächlich leer ausgegangen ist (ROHG. 17, S. 284; Frankl, S. 59; dort auch weitere Literatur).

Nach Art. 122 wird übrigens nicht nur die Haftung des zur Zeit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses noch angehörenden Gesellschafters, über dessen Vermögen ebenfalls der Konkurs nach § 199 KO. zu eröffnen ist, auf den Betrag des Ausfalles herabgemindert, sondern auch die des bereits ausgeschiedenen, aber nach Art. 146 noch forthaftenden Gesellschafters (Jäger, S. 132; OLG. Celle bei SeuffA. 51, Nr. 43; RG. bei SeuffA. 51, Nr. 191, und die herrschende Meinung; anders die vorige Auflage dieses Werkes und Schultze bei Gruchot 31, S. 767.) Daher darf auch, solange der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen anhängig ist, der Privatschuldner

Digitized by Google

eines Gesellschafters nicht mit einer Forderung gegen die Gesellschaft kompensieren (RG. bei SeuffA. 51, Nr. 118).

Zusatz. Durch den Zwangsausgleich der offenen Handelsgesellschaft[1]) **§ 4.** wird die Solidarhaft der Gesellschafter auf den Akkordbetrag eingeschränkt (§ 238 KO.), für diesen Betrag aber haften sie, wenn der Konkurs über ihr Vermögen gemäß § 237 KO. aufgehoben wird, solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen (Frankl, S. 70). Werden aber die Konkurse über das Privatvermögen der Gesellschafter nicht aufgehoben, so muß die auf den Ausgleichsbetrag herabgesetzte Forderung bei den Konkursmassen der einzelnen Gesellschafter mit diesem ganzen Betrage, nicht bloß mit jenem Betrage, der aus dem Gesellschaftsvermögen nicht hereinzubringen war, liquidiert werden; Art. 122 findet keine Anwendung, da er einen Gesellschaftskonkurs voraussetzt, dieser aber durch den Zwangsausgleich aufgehoben ist. (So Frankl, S. 70.) Die Herabsetzung auf den Ausgleichsbetrag bezieht sich aber natürlich nur auf diejenigen Verpflichtungen, die unmittelbar auf der Solidarhaft beruhen, nicht auf diejenigen, denen besondere Rechtsgründe zu Grunde liegen, z. B. die persönliche Übernahme einer Schuld oder die Girierung eines Gesellschaftswechsels, auch nicht auf die bereits ausgeschiedenen Gesellschafter (RG. 29, S. 39), und noch weniger auf den Fall, wo ein Sozius das Geschäft übernahm und dieser in Konkurs gerät (vergl. § 3, zu Art. 127). Über den Einfluß der Beendigung des Gesellschaftskonkurses durch Zwangsausgleich auf die Privatkonkurse der einzelnen Gesellschafter disponiert § 239 KO.

Vierter Abschnitt.

Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben.

Artikel 123.

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

1. durch die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft;
2. durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Gesellschafter oder durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur sebständigen Vermögensverwaltung;
4. durch gegenseitige Übereinkunft;
5. durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen ist, sofern nicht die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzen; in diesem Falle gilt sie von da an als auf unbestimmte Dauer eingegangen;
6. durch die von Seiten eines Gesellschafters geschehene Aufkündigung, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer eingegangen ist.

---

[1]) Der Voraussetzung des § 208, lit. a KO. ist nicht entsprochen, wenn innerhalb 2 Jahren vor Konkurseröffnung eine Änderung in der Person der Gesellschafter eingetreten ist (OGH. 30. Juli 1907; GH. 1908, Nr. 12).

Digitized by Google

Eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft ist als eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer zu betrachten.

Literatur: Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften (1900).

§ 1. **I. Allgemeines über Begriff, Folgen, Zeitpunkt und Gründe der Auflösung.**

1. **Der Begriff der Auflösung der Gesellschaft.** Unter der Auflösung der Gesellschaft ist nicht das zu verstehen, was die Bezeichnung sagt. Der Ausdruck geht zu weit, indem er auf ein vollständiges Aufhören der bestandenen Gemeinsamkeit hindeutet. In Wahrheit hört nur die produktive Seite der Gesellschaft auf. Die bestehenden gemeinsamen rechtlichen Beziehungen bestehen zunächst fort und müssen durch besondere Rechtsakte aus der Welt geschafft werden. Es geschieht dies durch Beseitigung des Gesellschaftsvermögens. Sobald dies erfolgt ist, sei es durch die Verteilung unter die Sozien oder durch Überlassung an einen von ihnen, hört die Gemeinsamkeit auf, und zwar alle und jede Gemeinsamkeit. Regelmäßig und präsumtiv, aber nicht notwendig wird die Beseitigung des Gesellschaftsvermögens vorbereitet und bewirkt durch die Liquidation, über welche der folgende Abschnitt handelt. Aber bis diese beendet oder die Beseitigung des Gesellschaftsvermögens sonst bewirkt ist, besteht, wie gesagt, die Gemeinschaft fort, die man wohl eine in der Auflösung begriffene, nicht jedoch eine aufgelöste Gesellschaft nennen sollte (RG. 16, S. 2; 28, S. 132; Bolze 19, Nr. 618).

Die aufgelöste, in Liquidation begriffene Gesellschaft kann sich wieder in eine offene Handelsgesellschaft umwandeln, indem die Gesellschafter beschließen, wieder ein Handelsgewerbe zu betreiben. Sie können das tun, auch dann, wenn das Geschäft nicht mehr besteht. Was das Gesetz für den Fall des Art. 123, Z. 5 gestattet, muß auch als zulässig für die anderen Fälle der ipso jure wirkenden Auflösung angesehen werden. Die Gesellschafter können die Rückverwandlung in eine offene Handelsgesellschaft beschließen, solange die Auseinandersetzung bezüglich des Gesellschaftsvermögens noch nicht beendet ist. (Vergl. Randa, II., S. 213.) Ob die Gesellschafter das gleiche oder ein anderes Handelsgewerbe zu betreiben beschließen, ist für die Identität der Gesellschaft unerheblich. Die Schulden aus dem früheren Gewerbebetrieb bleiben Gesellschaftsschulden. (Vergl. RG. 28, S. 130; Bolze 11, Nr. 264.)

§ 2. 2. **Der Zeitpunkt** wann die Folgen der Auflösung eintreten, ist für die Rechtsverhältnisse nach innen die Auflösung selbst, für die Rechtsverhältnisse nach außen aber erst die allgemeine Kundmachung oder spezielle Kenntnis derselben nach Art. 129, Abs. 5 (ROHG. 19, S. 21). (Vergl. die Erklärung zu Art. 129, Abs. 5.)

§ 3. 3. **Die Gründe der Auflösung** sind nach Absicht des Gesetzgebers **erschöpfend** aufgezählt. Jedoch ergibt sich aus anderen Rechtsvorschriften noch die Existenz eines in diesem Artikel nicht genannten Auflösungsgrundes. Endgültige Einstellung des Gewerbebetriebes bildet an sich einen Auflösungsgrund (AdlCl. 1312, OGH. 9. April 1907, JBl. 1907, Nr. 38). Es folgt dies schon aus der in Art. 85 für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Definition. Es kann nicht in das Belieben der Gesellschafter gestellt sein, nach Einstellung des Gewerbebetriebes über das Stadium der Abwicklung hinaus auf beliebige Zeit das Gesellschaftsvermögen als gebundenes Miteigentum zu besitzen und das Recht an der Gesellschaftsfirma sich zu erhalten (vergl. auch Franken, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, S. 145). Von dem erwähnten Auflösungsgrunde abgesehen, ist

Digitized by Google

die Aufzählung in Art. 123 eine erschöpfende. So bewirkt der im § 1205 ABGB. als ipso jure wirkender Auflösungsgrund erwähnte Verlust des Gesellschaftsvermögens keine ipso jure-Auflösung, sondern kann nur einen Grund bilden, die Auflösung der Gesellschaft durch richterliches Urteil zu verlangen (vergl. § 5 zu Art. 125). Die Bestimmung des Art. 123 ist insofern keine zwingende, als die Parteien auch andere ipso jure wirkende Auflösungsgründe vereinbaren können; jedoch können die Parteien den in Art. 123 genannten Tatsachen die Wirkung der Gesellschaftsauflösung nur soweit durch vorher gepflogene Vereinbarung benehmen, als das Gesetz die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung vorsieht; das ist in Z. 2 der Fall.

Im übrigen können die Gesellschafter diese Auflösungsgründe weder vorher beseitigen, noch durch nachträgliche Vereinbarung aufhalten, vorbehaltlich der in Art. 127 und 128 vorgesehenen Möglichkeit, in bestimmten Fällen die Gesellschaft unter den übrigen Sozien nach dem Ausscheiden eines von ihnen zu erhalten. Doch will dies nach dem oben festgestellten Begriffe der Auflösung nichts anderes besagen, als daß die produktive Seite der Gesellschaft aufhört. Die Gesellschafter aber bleiben durch gemeinsame Rechte und Verpflichtungen noch vereinigt, und die so vereinigt bleibenden Gesellschafter können die Wiederaufnahme des Handelsgewerbes beschließen und so in derselben Vereinigung wieder eine Handelsgesellschaft bilden und unter Fortführung des Geschäftes die alte Firma führen. Der Unterschied von der unmittelbar fortgesetzten Gesellschaft besteht nur darin, daß durch die eingetretene Auflösung die Geschäfts- und gesetzliche Vertretungsbefugnis fortgefallen war und nun von neuem geregelt werden muß, beziehungsweise sich nach dem Gesetze von neuem regelt (vergl. oben § 1).

Die einzelnen Auflösungsgründe dieses Artikels sind in der vom Gesetze beobachteten Reihenfolge:

Nr. 1. **Der Gesellschaftskonkurs.** Er löst kraft zwingenden Rechtes die Gesellschaft auf, das heißt, er zerstört ihren Charakter als gewerbetreibende Handelsgesellschaft und macht der bisherigen Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis ein Ende, ohne daß darin eine wirkliche Auflösung, ein Aufhören der Gesellschaft läge (RG. 16, S. 2; 28, S. 130; vergl. oben § 1). Er absorbiert für seine Dauer auch die Liquidation (Frankl, S. 39). Die Gesellschafter können grundsätzlich nach Beendigung des Konkurses beschließen, das Handelsgewerbe wieder aufzunehmen, und auf diese Weise sich wieder in eine Handelsgesellschaft verwandeln. (Vergl. oben § 1; RG. 28, S. 130; Behrend, § 83 a. E.; ROHG. 16, S. 82; Frankl, S. 76.) Jedoch steht dem in allen Fällen, in denen der Konkurs nicht durch Zwangsausgleich, gemeinrechtlichen Vergleich im Sinne der §§ 157, 158 KO. oder über Einwilligung sämtlicher Gläubiger beendet ist, die Bestimmung des § 246, lit. a KO. entgegen (vergl. § 5 zu Art. 85; teilweise anders Frankl, S. 76). Für die Frage der Auflösung macht es keinen Unterschied, ob der Konkurs durch Ausschüttung oder durch Akkord beendet ist, nur daß im letzteren Falle gewöhnlich noch das Geschäft als solches fortbesteht, so daß von der neubegründeten Gesellschaft das Geschäft mit der Firma weitergeführt werden kann (vergl. § 1). Unrichtig ist es, wenn Gareis-Fuchsberger (S. 254, Note 154) sagen: der Konkurs dürfe nicht durch einen Zwangsausgleich oder durch eine Einstellung nach § 188 der deutschen Konkursordnung (entsprechend den §§ 157 und 158 unserer KO.) beendet sein, wenn er als Auflösungsgrund wirken solle. Die Auflösung tritt durch die Eröffnung des Konkurses ipso jure ein. Die nachträgliche Einstellung des Konkurses kann die rechtliche Tatsache der einmal erfolgten Auflösung nicht § 4.

Digitized by Google

aus der Welt schaffen, ihre wirtschaftlichen Folgen können nur durch neue Rechtsakte beseitigt werden. Die Konsequenz der Gareis-Fuchsbergerschen Ansicht würde dazu führen, daß die Konkurseröffnung die Auflösung nicht bewirkt, vielmehr diese Frage in der Schwebe bleibt, bis sich schließlich, oft nach Jahren, herausstellt, wie der Konkurs beendet wird. (Zust. Petersen in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht I., S. 24, Anm. 2.)

Über den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft seien an dieser Stelle noch folgende Bemerkungen gestattet:

a) Voraussetzung des Gesellschaftskonkurses ist der Bestand eines Gesellschaftsvermögens. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die Frage zu beantworten, ob trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages ein Gesellschaftskonkurs möglich ist (vergl. hiezu Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 18).

Der Konkurs ist auch nach Auflösung der Gesellschaft möglich (vergl. § 192 KO.), solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, das einen selbständigen Befriedigungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger bildet, wie aus Art. 147 HGB. hervorgeht, mag auch die Firma der Gesellschaft ohne vorangegangene Liquidation oder nach formellem Abschluß, aber vor tatsächlicher Beendigung derselben gelöscht worden sein (Frankl, S. 27).

b) **Gemeinschuldner sind die sämtlichen Gesellschafter**, nicht die Gesellschaft; daraus, daß ihr im Prozesse die Stellung einer juristischen Person zukommt, folgt nicht, daß auch im Konkurse ein von den Mitgliedern verschiedenes Subjekt als Träger der Gemeinschuldnerrolle anzusehen ist (Jäger, Kommentar zu § 210 KO., Anm. 10). Sie haben die Verpflichtung zur Auskunfterteilung und Offenbarungseidesleistung (vergl. § 197 KO. und Frankl, S. 37). Bloß zur Unterfertigung der nach § 195 KO. vorzulegenden Bilanz sind gemäß § 197, Abs. 2 KO. nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter verpflichtet. Auch die Rechte des Gemeinschuldners aus §§ 119, Abs. 4 und 146, Abs. 3 KO. stehen sämtlichen Gemeinschuldnern zu. Gegen den Gesellschafter, der bei der allgemeinen Tagsatzung die angemeldete Forderung nicht bestritten hat, kann dieselbe nach Anerkennung durch den Masseverwalter oder Feststellung im Prozeßwege auch in sein nach Aufhebung des Konkurses erworbenes Vermögen vollstreckt werden (§§ 55 und 119, Abs. 4 KO.; Frankl, S. 37). Die Gesellschafter sind auch verantwortlich nach § 486, Abs. 2 StG. (vergl. § 1 zu Art. 28) und auch die Rechtsminderungen des § 246 KO. (Verlust der Wählbarkeit usw.) treffen alle Gesellschafter (Frankl, S. 76).

c) **Die Konkursmasse** besteht aus den inserierten Vermögensobjekten, den Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (vergl. § 10 zu Art. 112), den Ansprüchen der Gesellschaft auf Leistung der bereits vor Auflösung der Gesellschaft fälligen Einlagen (Cosack[6], § 109, 2). Der Anspruch aus dem noch nicht fälligen Einlageversprechen fällt nicht in die Konkursmasse (a. M. Frankl, S. 42; Jäger, S. 108). Das Recht auf die noch nicht fällige Einlage ist ja erloschen, da der einzulegende Gegenstand nicht mehr bestimmungsgemäß verwendet werden kann (vergl. K. Adler, S. 100, Anm. 5). Die Bemerkung Jägers (S. 108), daß die Einlagen „nicht nur einen Produktionsfonds, sondern auch einen Haftungsfonds zu bilden bestimmt sind", ist nicht zutreffend. Der Einlage des persönlich haftenden Gesellschafters kommt die Bedeutung eines Haf-

Digitized by Google

tungsobjektes überhaupt nie zu (richtig K. Adler a. a. O.). K. Adler a. a. O. will auch den Anspruch auf die bereits rückständige Einlage nicht in die Konkursmasse einbeziehen, weil es an der dinglichen Einbringung fehlt. Aktivum der Konkursmasse soll aber nicht der zu inferierende Gegenstand, sondern die bereits im Vermögen der Gesellschaft befindliche Forderung auf Illation sein, mit der die Konkursmasse allerdings mit anderen Privatgläubigern des zur Illation verpflichteten Gesellschafters konkurriert (vergl. Cosack a. a. O.; Jäger, S. 107, § 10 zu Art. 112). Anders, wenn der zur Illation Verpflichtete vor Eröffnung des Konkurses der Gesellschaft noch gar nicht beigetreten war; in diesem Falle kann die Gegenleistung für die rückständige Einlage nicht mehr gewährt werden (RG. bei SeuffA., Bd. 52, Nr. 276). Nicht in die Konkursmasse fallen die Ansprüche gegen die einzelnen Gesellschafter auf Einzahlung ihrer Passivsalden. (Jäger, Kommentar. Anm. 17 zu § 209 d. KO. und a. a. O., wohl auch K. Adler, S. 123). Dieser Anspruch bildet, wie bei § 4 zu Art. 137 ausgeführt erscheint, kein Aktivum der Gesellschaft, also auch keines deren Konkursmasse. Staub[8] (Anm. 13 zu § 131) und Cosack[6] (S. 523) wollen dem Masseverwalter das Recht zur Einziehung der Passivsalden geben, während sie den Liquidatoren unter Anschluß an die herrschende Meinung dieses Recht versagen. Der Konkursmasse stehen aber — von gewissen positiven Ausnahmebestimmungen abgesehen — nicht mehr Rechte zu, als dem Kridatar. Die Begründung Cosacks, daß an der Einziehung der Passivsalden zwar nicht die Liquidationsmasse, wohl aber die Konkursmasse ein Interesse hat, vermag die behauptete rechtliche Verschiedenheit nicht zu begründen. (Vergl. auch § 6a zu Art. 123). Der gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter bestehende Anspruch auf Einzahlung des Passivsaldo fällt selbstredend in die Konkursmasse der Gesellschaft.

d) **Zu den Konkursgläubigern** gehören auch die Gesellschafter mit ihren Forderungen aus Rechtsgeschäften, die ihnen wie Dritten gegen die Gesellschaft zustehen (Jäger, S. 97 und die herrschende Meinung, a. M. K. Adler, S. 116, vergl. hierüber § 9 zu Art. 112), ferner mit ihren Forderungen auf Grund des Art. 93 (Jäger a. a. O.; Frankl, S. 44) und endlich mit ihren Ansprüchen auf Ausfolgung von Gewinn und Zinsen für das verflossene Jahr (Jäger, Kommentar zu § 210 d. KO., Anm. 15; a. M. Frankl, S. 45). Unerhobene Beträge an Zinsen und Gewinn verlieren den Charakter eines freien Forderungsrechtes, sie wachsen dem Kapitalkonto des Gesellschafters zu (Art. 106, 107). Das Aktivsaldo bildet jedoch keine Forderung bezüglich der der Gesellschafter mit den Gesellschaftsgläubigern konkurriert (Jäger, Kommentar a. a. O., K. Adler, S. 129; teilweise a. M. R. Pollak, Konkursrecht, S. 186). Anders der vor Eintritt des Gesellschaftskonkurses ausgeschiedene Gesellschafter; sein beim Ausscheiden ermitteltes Auseinandersetzungsguthaben bildet eine in die dritte Klasse gehörende Konkursforderung. § 200, Abs. 3 KO. bestimmt zwar, daß die im zweiten Absatze geregelte Auseinandersetzung (vergl. § 1 zu Art. 122) auch eintritt, wenn über das Gesellschaftsvermögen der Konkurs eröffnet wird. Diese Bestimmung ist jedoch einschränkend auszulegen: Ist der Gesellschafter, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet wurde, infolge der Konkurseröffnung aus der fortbestehenden Gesellschaft ausgeschieden (vergl. § 2 zu Art. 127) und wird über deren Vermögen später der

Digitized by Google

Konkurs eröffnet, so ist das Aktivsaldo des früher ausgeschiedenen Gesellschafters nicht an dessen Konkursmasse auszufolgen, sondern dessen Konkursmasse konkurriert im Gesellschaftskonkurse bezüglich der Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben mit den anderen Gesellschaftsgläubigern. Ist durch Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft eingetreten und wird über deren Vermögen gleichzeitig oder später der Konkurs verhängt, so kann die im Konkurse befindliche Gesellschaft das Aktivsaldo eines Teilhabers diesem bezw. seiner Konkursmasse nicht ausfolgen. (Jäger, S. 176.) Der Gesellschafter ist ja bezüglich seines Aktivsaldo nicht einmal Konkursgläubiger im Gesellschaftskonkurse; die wörtliche Auslegung des § 200, Abs. 3 KO. würde aber zu dem Ergebnisse führen, daß die Saldoforderung der Gesellschafter vor den Forderungen der Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung finden (vergl. übrigens K. Adler, S. 128)[2]).

e) **Hinsichtlich der Aufrechnung** ist zu bemerken: Eine Aufrechnung der Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ist auch gegen seine Einlagepflicht zulässig (dagegen Canstein, I., S. 494). Die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Kompensation überhaupt und im Konkurse stehen nicht entgegen, insbesondere muß mit Jäger (a. a. O. S. 110) betont werden, daß das Moment der Gleichartigkeit durch den gesellschaftlichen Charakter der Einlageverpflichtung nicht beseitigt wird; die Gleichartigkeit im Sinne des § 1438, ABGB. bedeutet nur die Gleichheit in der Beschaffenheit des Leistungsobjektes. Diese liegt hier vor. Da auch die Konkursordnung hier keine hindernden Vorschriften enthält, so ist die Kompensation für zulässig zu halten.

f) Über den Einfluß des Zwangsausgleiches auf die Solidarhaft siehe § 4 zu Art. 122.

§ 5. Nr. 2. **Tod eines Gesellschafters**, wenn nicht der Vertrag das Fortbestehen mit den Erben bestimmt. Die Gesellschaft besteht in der Vereinigung mehrerer bestimmter Personen und löst sich naturgemäß auf durch den Fortfall einer Person. (Hiedurch erscheint dem Schlußsatz des § 1207 ABGB. derogiert.) Aber im Interesse der Stetigkeit begründeter geschäftlicher Vereinigungen gewährt das Gesetz die Möglichkeit, die Gesellschaft auch mit den Erben fortbestehen zu lassen. (Zur Literatur besonders RG. 16, S. 40 f.; Viezens in GZ 35, S. 91 ff.; Arnold Pollak in Vrtjschr. 6, S. 119 ff.; Pisko, Unternehmen, S. 230 ff.)

a) **Erforderlich ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gerichtet auf Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters**; auf den Legatar bezieht sich die in Rede stehende Bestimmung nicht

[2]) Den Schwerpunkt des § 200, Abs. 2 und 3, bildet der selbstverständliche Rechtsatz, daß von dem Guthaben eines falliten Gesellschafters nur der Betrag dem Konkursbeschlage unterliegt, der nach Abzug seines Anteiles an den Gesellschaftsschulden übrig bleibt. Dieser Betrag, mit dem der fallite Gesellschafter zur Berichtigung der Gesellschaftsschulden beizutragen hat ist nicht — wie das Gesetz sich ausdrückt — von seinem „Anteile" (Saldo) abzuziehen, sondern bildet eine Post für die Berechnung dieses Anteiles (Jäger, S. 176). Die unglückliche Redaktion des § 200 KO. ist auf eine ältere Theorie zurückzuführen, die unterschied zwischen dem Nettoguthaben (dem Betrage des im Zeitpunkte des Ausscheidens vorhandenen Aktivsaldo) und dem in Wirklichkeit gar nicht existierenden Bruttoguthaben. Das Gesetz wollte sagen, daß in die Konkursmasse des falliten Gesellschafters nur sein Nettoguthaben, nicht sein Bruttoguthaben fällt (vergl. § 5 zu Art. 127).

Digitized by Google

(vergl. Viecenz a. a. O., S. 117)[3]). Die erwähnte Vereinbarung braucht nicht der Gründungsvertrag (vergl. § 1 zu Art. 90) zu enthalten, es muß aber eine vertragliche Bestimmung vorliegen; dem Testament wohnt die gleiche Kraft nicht inne, da es ja den anderen Sozius nicht bindet. Die vertragliche Bestimmung muß unzweideutig dahin gehen, daß nach dem Tode des einen Gesellschafters die Gesellschaft mit seinen Erben fortbestehen soll (RG. 16, S. 56). Eine Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben, ohne daß dies im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, ist übrigens auch durch nachträgliche Vereinbarung möglich (vergl. oben § 1; Bolze 1, Nr. 264). Ohne jede vorangegangene Vereinbarung kann der Erbe des verstorbenen Gesellschafters nur mit Zustimmung sämtlicher übriger Gesellschafter der Gesellschaft beitreten; beläßt er in einem solchen Falle den ererbten Gesellschaftsanteil als Einlage der Gesellschaft, so liegt ein selbständiges, mit der Erbschaft in keinem Zusammenhange stehendes Rechtsgeschäft vor, welches auch selbständig der Gebührenbemessung zu unterziehen ist (VGH. bei Budwiński, Nr. 8048).

b) **Erforderlich ist ferner die Qualität als Erbe des Gesellschafters.** Diese richtet sich nach bürgerlichem Rechte. Es ist gleichgültig, ob die Erbenqualität auf Testament oder Gesetz oder Vertrag beruht; bei fideikommissarischer Substitution wird bis zum Substitutionsfalle der Fiduziar Mitglied der Gesellschaft (RG. 16, S. 40), von da ab der fideikommissarische Substitut. (Über die Rechte des Fiduziars siehe weiter Bolze 14, Nr. 491 und 492.) Besondere persönliche Eigenschaften des Erben sind nur erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag ihr Vorhandensein zur Bedingung gemacht hat, was zulässig ist. Ist im Gesellschaftsvertrage auf die persönlichen Eigenschaften des den anderen Gesellschaften unbekannten Erben kein Bedacht genommen und kann der Erbe nicht die gleichen Dienste wie der Erblasser leisten, so findet § 1209 ABGB. Anwendung.

c) **Notwendig ist auch der Beitritt der Erben zur Gesellschaft.** Die herrschende, auch in den früheren Auflagen dieses Werkes vorgetragene Meinung (vergl. insbesondere RG. 16, S. 40; AdlCl. 2044; abweichend Lastig in Endemanns Handbuch I., S. 413), die im Wortlaute des § 139, Abs. 1 deutsches HGB.[4]) (verb. „Verbleiben") ihre gesetzliche Bestätigung gefunden hat, nimmt zwar an, daß bei Vorliegen der unter a) und b) angeführten Voraussetzungen der Erbe mit dem Erbschaftsantritte notwendigerweise zugleich Gesellschafter wird. Der herrschenden Meinung kann jedoch für das geltende HGB. nicht beigetreten werden. Die Haftung der Gesellschafter ist an den tatsächlichen Zustand des Betriebes eines Handelsgewerbes, zusammen mit anderen Personen unter einer gemeinsamen Firma gebunden. Der Übergang dieses tatsächlichen Zustandes auf die Erben ist begrifflich unmöglich und eine Bestimmung, wie sie § 139 deutsches HGB. enthält, daß in der Person des Erben die Wirkungen

[3]) Damit ist nicht gesagt, daß die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß die Gesellschaft mit dem Legatar eines Gesellschafters fortgesetzt werden soll, der Wirksamkeit entbehrt. Es gilt hierüber das, was über Zulässigkeit der Vereinbarung einer Übertragung der Gesellschaftsrechte durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden gesagt wurde (vergl. § 7 zu Art. 98). Art. 123, Z. 2, hat bloß den Fall der Universalsukzession im Auge (vergl. Pisko, Unternehmen, S. 248).

[4]) § 139 d. HGB. gewährt aber dafür den Erben die Möglichkeit, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

Digitized by Google

eintreten, die sonst an den erwähnten tatsächlichen Zustand geknüpft sind, fehlt eben. Der Erbe muß also, damit er Gesellschafter wird, für seine Person den erwähnten tatsächlichen Zustand herstellen; er muß der Gesellschaft beitreten. Eine bloße Beitrittserklärung genügt nicht; der Erbe muß sich dem Verkehr gegenüber als ein das Handelsgewerbe Betreibender betätigt haben (vergl. § 2 zu Art. 113). Vorher trifft den Erben keine andere Haftung als die erbrechtliche. Er haftet für die späteren Gesellschaftsverbindlichkeiten überhaupt nicht; für die früheren nur nach erbrechtlichen Grundsätzen. Nach der herrschenden Ansicht könnte niemand eine Erbschaft antreten, ohne vorher die umfassendsten Erhebungen gepflogen zu haben, ob nicht der Erblasser einer offenen Handelsgesellschaft angehört hat (vergl. Staub-Hachenburg, Kommentar zum GmbHG., S. 192).

Ebensowenig kann der Erbe zum Beitritte verhalten werden; er verwirkt nur, wenn er nicht beitritt, seinen Auseinandersetzungsanspruch und unter Umständen (vergl. § 709 ABGB.) den ihm zugedachten Nachlaß.[5])

Die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Minderjährigen ist möglich, der in der Ausübung seiner Rechte durch den Vormund vertreten wird (RG. 2, S. 32 steht nicht entgegen, dort ist von gewählten, nicht von gesetzlichen Vertretern die Rede). (Vergl. Viezens, S. 138).

d) **Die Folge des Beitrittes ist, daß der Erbe Gesellschafter wird mit allen den Konsequenzen, welche die Zugehörigkeit zu einer offenen Handelsgesellschaft mit sich bringt**, also insbesondere mit der solidarischen Haft nach Art. 112, und zwar für alle Gesellschaftsschulden, auch die vor seinem Eintritte entstandenen, ohne Rücksicht auf die Rechtswohltat des Inventars (RG. 16, S. 40). Denn die Haftung beruht nicht nur auf seiner Erbenqualität, sondern auch unmittelbar auf Art. 113, auf seinem Beitritte zur Handelsgesellschaft (A. Pollak, a. a. O.). Die Mitgliedschaft des Erbengesellschafters muß demzufolge auch zur Eintragung angemeldet werden (AdlCl. 2044); ein Verzicht des Erben hierauf ist rechtsungültig (Bolze 3, Nr. 794). Mehrere Erben bilden keinerlei Korporation oder Einheit, vielmehr treten sie als ebensoviel einzelne, nach Maßgabe ihrer Anteile und des Gesellschaftsvertrages vollberechtigte und vollverpflichtete Gesellschafter auf (vergl. Viezens a. a. O.; A. Pollak a. a. O.; RG. 16, S. 56). Sie üben ihre Gesellschaftsrechte jeder für sich aus und haben daher weder einen Repräsentanten zu stellen noch dürfen sie es, selbst dann nicht, wenn solches im Gesellschaftsvertrage vereinbart wäre (vergl. RG. 2, S. 30; dagegen Gorski, S. 37). Das RG. legt in dieser letzteren Entscheidung eine solche Vertragsklausel dahin aus, daß ein Prokurist für die Gesellschaft bestellt werden sollte, dessen Widerruf vertraglich den anderen Sozien verwehrt ist. Doch ist diese Auslegung bedenklich. Wohl aber ist eine Bestimmung dahin, daß es den Erben gestattet ist, einen Miterben als Sozius zu repräsentieren, gültig. Ob die Erbengesellschafter Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis, beziehungsweise Geschäftsführungspflicht haben, richtet

[5]) Auch bei vererblichen Mitgliedschaftsrechten wird in der Regel angenommen, daß den Erben die dem Mitgliede als solchem obliegenden Verbindlichkeiten erst nach seiner Betätigung als Mitglied treffen (vergl. Staub-Hachenburg, Kommentar zum GmbHG., Anm. 86 zu § 15, Anm. 22 zu § 18; Staub[8], Anm. 9 zu § 225; Stroß, Das österreichische Genossenschaftsrecht, S. 188; Sicherer, Die deutsche Genossenschaftsgesetzgebung, S. 281 u. a. m.).

Digitized by Google

sich nach der Stellung, die der Gesellschafter in dieser Hinsicht einnahm (Lastig a. a. O., S. 413; dagegen A. Pollak a. a. O.).

Nr. 3. a) **Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters.** Es ist zu beachten, § 6. daß der Konkurs eines Gesellschafters nicht den Konkurs (§ 200, Abs. 1 KO.), sondern die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt. Es erfolgt neben jenem Konkurse die Liquidation der Gesellschaft (Keyßner, Erhaltung der Handelsgesellschaft, S. 25). Wer Liquidator in diesem Falle ist, darüber siehe § 4 zu Art. 133. — Ob es sich um einen geschäftsführenden oder vertretungsberechtigten Gesellschafter handelt oder nicht, ist gleichgültig.

Über die Auseinandersetzung mit der Konkursmasse des in Konkurs geratenen Gesellschafters disponiert § 200, Abs. 2 KO.

Über den Konkurs des Gesellschafters ist noch folgendes zu bemerken:

α) Der Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters ist, auch wenn er nicht auf Grund des § 199 KO. verhängt wird, ein kaufmännischer. Dies folgt schon aus der Kaufmannseigenschaft der Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft. Wenn nun auch die Gesellschafter einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft nicht unbedingt als Kaufleute anzusehen sind (vergl. § 1 zu Art. 144), so muß in Hinblick auf die Bestimmungen des § 192 KO. deren Konkurs doch als ein kaufmännischer angesehen werden. (Im Ergebnis zust. OGH. bei AblCl. 1974, 1977 und in GH. 1897, Nr. 45.)

β) Zur Konkursmasse des Gesellschafters gehört auch der Anspruch auf verhältnismäßige Berichtigung des vorhandenen Aktivsaldo gegen die Gesellschafter mit einem Passivsaldo, bezw. gegen die Konkursmassen dieser Gesellschafter (vergl. Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 176).

γ) Wird über mehrere Gesellschafter der Konkurs verhängt, so kann der Gesellschaftsgläubiger im Falle, daß auch über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs verhängt ist, bei jeder Konkursmasse seine ganze Ausfallsforderung, sonst seine ganze Forderung geltend machen. Das Verhältnis der Konkursmassen zueinander wird durch § 19 KO. geregelt (Frankl, S. 63).

δ) Der Zwangsausgleich im Privatkonkurse des Gesellschafters bewirkt nach § 204, Abs. 4 KO., daß der Gesellschafter von seiner Solidarhaft für die Gesellschaftsschulden frei wird. Das heißt, daß die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen den betreffenden Gesellschafter auf den Akkordbetrag reduziert werden. Die Geltendmachung der vollen Forderung gegen die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter wird hiedurch nicht behindert (Frankl, S. 73).

b) **Die rechtliche Unfähigkeit, zu disponieren**, ist wohl zu unterscheiden von § 7. der physischen. Die rechtliche Unfähigkeit richtet sich nach den Landesgesetzen, sie tritt hauptsächlich durch Blödsinnigkeits-[5]) oder Prodigalitätserklärung ein.[6]) Durch die Geisteskrankheit an sich, auch vor dem

[5]) Anträge auf Bestellung eines Kurators und auf Erlaß von einstweiligen Verfügungen erscheinen in solchem Falle sachdienlich.

[6]) Andere Tatsachen, die nach österreichischem Rechte den Verlust der Handlungsfähigkeit bewirken, wie Desertion, Verurteilung zur Todesstrafe oder Strafe des schweren Kerkers bei den der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstehenden Personen, Ablegung der Ordensgelübde sind hier von geringer praktischer Bedeutung.

Digitized by Google

Entmündigungsbeschluß, tritt die Auflösung ein (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 77), aber es darf nicht bloß eine augenblickliche Geistesstörung, sondern es muß die Geisteskrankheit als dauernder Zustand festgestellt sein (Bolze 20, Nr. 583). Auch die Verheiratung einer Frauensperson wäre an sich ein solcher Grund zur Auflösung; sie ist es aber um deshalb nicht, weil die Einwilligung des Ehemannes schon durch das Geschehenlassen des Handeltreibens erfolgt (Art. 7), so daß die Folgerung nicht berechtigt erscheint, es höre die Frau durch Verheiratung an sich auf, Handelsfrau zu sein; vielmehr kann sie zunächst den Handelsbetrieb fortsetzen, und erst wenn der Mann dem widerspricht und keine richterliche Konsensssupplierung eintritt, treten die Folgen ein. Der Mann kann daher allerdings durch sein Veto die Gesellschaft zur Auflösung bringen (§ 5 zu Art. 85).

Die zwingende Natur des Auflösungsgrundes bringt es mit sich, daß nicht schon im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem unfähig Gewordenen trotz Konkurses oder eintretender Dispositionsunfähigkeit eines Gesellschafters vereinbart werden kann; wohl aber bleiben die Gesellschafter trotz der eintretenden Auflösung vereinigt, und es kann die fortbestehende Vereinigung durch Vereinbarung mit dem Verwalter des Konkurses oder mit dem Vormund des Unfähigen das Handelsgewerbe wieder aufnehmen, so sich in eine neue Handelsgesellschaft umwandeln und hiebei auch das Geschäft und die Firma fortführen (vergl. oben § 1).

§ 7a. Nr. 4. **Gegenseitige Übereinkunft.** Sie erfordert die Zustimmung aller Gesellschafter, auch der nichtvertretungsbefugten. Sie ist an keine Form gebunden, kann auch durch konkludente Handlung erfolgen (RG. vom 15. Oktober 1881 bei Puchelt, Anm. 6) und liegt vor, wenn alle Gesellschafter gleichzeitig gegeneinander auf Auflösung klagen (OLG. Hamburg in GZ. 35, S. 233). Sie kann auch erfolgen, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, paulianische Anfechtung vorbehalten. Daß dieser Auflösungsgrund nicht zwingend ist, sondern durch die entgegengesetzte Übereinkunft wieder beseitigt werden kann, ist schon oben erwähnt (§ 1). Eine Fortsetzung der Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft ist auch dann vorhanden, wenn auf Grund gegenseitiger Übereinkunft ein Gesellschafter austritt, ein anderer aber gleichzeitig eintritt. (ROHG. 14, S. 151; Bolze 9, Nr. 478; Johow 11, S. 17; Kammergericht bei Perl und Wreschner 1895, S. 21). Im Gesellschaftsvertrage kann auch bestimmt werden, daß die bloße Mehrheit der Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft beschließen könne (RG. bei SeuffA. 56, Nr. 81).

§ 8. Nr. 5. **Ablauf der Zeit.** (Vergl. § 1205 ABGB.) Als Endtermin kann auch ein bestimmtes Ereignis festgesetzt sein (P. 1007). Ein ungewöhnlich langer Endtermin, über die Lebensdauer von Menschen hinaus, macht aber den Vertrag zu einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen und fällt unter Nr. 6. Diesem Auflösungsgrunde ist seine zwingende Natur vom Gesetze genommen, dem Scheine nach nur für den Fall, daß die Gesellschafter stillschweigend fortsetzen, das heißt, wenn sie das Handelsgewerbe derart fortsetzen, daß sich darin der übereinstimmende Wille, die Handelsgesellschaft fortzusetzen, dokumentiert. Dies muß aber noch mehr gelten, wenn die Gesellschafter dies ausdrücklich vereinbaren, sei es vor Ablauf der Zeit oder in diesem Zeitpunkte selbst.[7]) (Auch später? darüber vergl. § 1.) Bei still-

[7]) Ein Majoritätsbeschluß reicht dazu nicht aus, auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrage per maiora beschlossen wird, weil dies nicht über die Dauer der Gesellschaft hinaus wirken kann (Bolze 14, Nr. 489).

Digitized by Google

schweigender Fortsetzung gilt das alte Vertragsverhältnis mit allen seinen Modalitäten auf unbestimmte Zeit (nicht auf die erste Vertragszeit) fortgesetzt.

Nr. 6. **Kündigung bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer.** Als letztere wird vom Gesetze die auf Lebenszeit geschlossene angesehen, gleichviel auf welchen Gesellschafters Lebenszeit der Vertrag gestellt ist, weil es mit der sittlichen Freiheit des Menschen unvereinbar und deshalb unstatthaft ist, sich für eine Vereinigung, welche bloß den Zweck des Erwerbes verfolgt, für die ganze Lebenszeit zu binden (ROHG. 13, S. 418; RG. 20, S. 166; RG. vom 19. September 1894, JW. S. 504). Ob sonst eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, ist Tatfrage; aus den Umständen kann entnommen werden, daß sie jedenfalls auf eine bestimmte kürzeste Frist eingegangen sein sollte. So hat das ROHG. (13, S. 418) insbesondere angenommen, daß ein auf bestimmte Zeit geschlossener, demnächst auf Lebenszeit erweiterter Gesellschaftsvertrag mindestens auf die ursprünglich festgesetzte Zeit geschlossen gilt. Umgekehrt kann die Festsetzung eines bestimmten Ereignisses als Endtermin sowohl den Sinn haben, daß die Gesellschaft jedenfalls bis dahin dauern solle, als auch den Sinn, daß sie auf unbestimmte Zeit geschlossen, mit dem Eintritt jenes Ereignisses aber jedenfalls sich auflösen solle. Die Feststellung des Sinnes ist Auslegungssache (vergl. Keyßner, Anm. 11). § 9.

Die Bestimmtheit der Dauer kann sowohl durch Hinzufügung eines dies als auch durch Hinzufügung einer Resolutivbedingung erreicht werden (P. 1007; v. Hahn I., S. 475), z. B. Aufhebung eines Einfuhrverbotes, Erlöschen eines Verlagsrechtes oder Erfindungspatentes.

Über Form und Frist der Kündigung vergl. die Erläuterung zum folgenden Artikel. Die Vorschrift des vorliegenden Artikels ist insofern zwingender Natur, als ein völliger Ausschluß der Kündigung, sei es durch Vereinbarung oder durch Verzicht, unzulässig ist, wohl aber kann die Kündigung vor Erreichung eines bestimmten Zweckes ausgeschlossen oder nur unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erklärt werden (RG. 21, S. 93). Auch ein Verzicht auf eine bestimmte Zeit ist gültig. Und endlich kann die Kündigungsfrist durch Vertrag verändert werden, worüber jedoch im folgenden Artikel.

Über die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Kündigenden siehe Art. 127.

Artikel 124.

Die Aufkündigung einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer seitens eines Gesellschafters muß, wenn nicht ein anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft erfolgen.

Einleitung.

Im engen Anschluß an die Nr. 6 des vorigen Artikels normiert der vorliegende die gesetzliche Frist der dort vorgesehenen Kündigung. Die Erklärung dieser Gesetzesstelle hat sich zwar in erster Linie, aber nicht bloß mit der Kündigungsfrist, sondern auch mit der Bedeutung und der Form der Kündigung zu befassen.

1. **Die Kündigungsfrist.** Sie ist sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Doch ist die Vorschrift dispositiv und kann daher durch den Gesellschaftsvertrag geändert werden. Nur müssen sich die Änderungen in solchen Grenzen bewegen, daß die Gesellschaft dadurch nicht zu einer auf Lebenszeit gestellten wird (vergl. § 9 zum vorigen Artikel). Eine verspätete Kündigung ist § 1.

Digitized by Google

wirkungslos, es braucht ihr nicht widersprochen zu werden (ROHG. 12, S. 102), doch kann sie unter Umständen als Kündigung für das nächste Geschäftsjahr aufzufassen sein; das ist Auslegungssache. Eine rechtzeitige Kündigung aber ist immer wirksam, ohne Rücksicht auf Intempestivität und bona fides. (Anders nach § 1212 ABGB.) Auch Ersatzansprüche können aus solchen Gründen nicht hergeleitet werden.

§ 2. 2. **Die rechtliche Bedeutung der Kündigung** liegt darin, daß der Wille, das Verhältnis nicht länger fortzusetzen, kundgegeben wird. Sie enthält weder eine Anerkennung des rechtsgültigen Zustandekommens der Gesellschaft noch eine Verzicht auf Rücktrittsrechte, und es steht nichts entgegen, die auf die Kündigung gestützte Klage mit der Ungültigkeits- oder Auflösungsklage zu verbinden (vergl. ROHG. 10, S. 434). Auch schließt die Kündigung den Antrag auf Ausschließundg nicht aus (ROHG. 6, S. 112).

§ 3. 3. **Für die Form der Kündigung** ist nichts vorgeschrieben (vergl. ROHG. 10, S. 434). Die Kündigung ist daher in jeder Form gültig. Üblich ist die Form des eingeschriebenen Briefes. Auch in der Klage ist diese Kündigung zu erblicken. Die Kündigung hat sich an die Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft zu richten (Puchelt, Anm. 5), doch darf dies nicht formalistisch aufgefaßt werden; es ist daher auch eine an die Gesellschaft gerichtete Kündigung wirksam, wenn sie rechtzeitig zur Kenntnis sämtlicher Gesellschafter gelangt (RG. 21, S. 93). (Über unbestimmte und bedingte Kündigungen gilt das in § 2 zu Art. 61 Gesagte.)

§ 4. 4. **Die Wirkung der Kündigung** ist die Auflösung der Gesellschaft. Es kann jedoch die Kündigung zurückgenommen werden, wie Gareis-Fuchsberger, S. 256, Note 162 richtig bemerken. Nur muß dies, wie der Klarheit wegen hinzugefügt werden muß, geschehen, ehe ihre Wirkung, die Auflösung, eintritt, und jedenfalls ist die Genehmigung der anderen Sozien erforderlich. Denn die einmal geschehene Aufkündigung gewährt auch diesen ein Recht auf Eintritt derjenigen Wirkungen, welche das Gesetz an diesen Rechtsakt knüpft. Das folgt aus dem Wesen der Kündigung. Wird die Rechtmäßigkeit der Kündigung bestritten, so entscheidet das über den Rechtsstreit ergehende Urteil lediglich, ob die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Kündigung vorgelegen sind, hat daher als reines Feststellungsurteil deklarative Bedeutung (vergl. § 1213 ABGB.; Stein, GZ. 1897, Nr. 9), zum Unterschiede von dem Urteile, welches die Auflösung der Gesellschaft oder Ausschließung eines Gesellschafters ausspricht und konstitutive Bedeutung hat (vergl. § 3 zu Art. 125).

§ 5. 5. **Ein Verzicht auf das Kündigungsrecht** ist unwirksam (Puchelt, Anm. 4; vergl. RG. 21, S. 94).

Artikel 125.

Ein Gesellschafter kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung verlangen, sofern hiezu wichtige Gründe vorhanden sind.

Die Beurteilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruches dem Ermessen des Richters überlassen.

Die Auflösung kann insbesondere ausgesprochen werden:

Digitized by Google

1. wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich wird;
2. wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;
3. wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;
4. wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht;
5. wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird.

Einleitung.

Der Artikel behandelt diejenigen Tatsachen, welche auf Verlangen eines Teiles die Auflösung herbeiführen (vergl. § 2, Nr. 4 zu Art. 123). Die Materie wird in drei Absätzen behandelt: Abs. 1 enthält das Prinzip, daß beim Vorhandensein wichtiger Gründe die vorzeitige Auflösung einseitig verlangt werden kann, Abs. 2 statuiert das Eingreifen richterlicher Entscheidung, Abs. 3 zählt Beispiele wichtiger Gründe auf.

Ehe auf die Erläuterung der Materie eingegangen werden kann, ist in analoger Weise wie bei der in den Art. 62 ff. behandelten Aufhebung des Handelsgehilfenverhältnisses (vergl. Einleitung zu Art. 62) auch hier darauf hinzuweisen, daß die hier vorgesehene Auflösungsbefugnis die Aufhebung eines an sich gültigen Gesellschaftsvertrages aus besonderen, während des Bestehens des Verhältnisses eintretenden Gründen zum Gegenstande hat. Davon zu unterscheiden ist die Geltendmachung eines Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes aus allgemeinen Grundsätzen über Verträge. So z. B. wenn ein Gesellschafter zum Eingehen des Gesellschaftsverhältnisses nur durch betrügerische Vorspiegelungen verleitet wurde (vergl. Bolze 5, Nr. 738). oder zur Zeit der Eingehung des Gesellschaftsvertrages handlungsunfähig war (AdlCl. 2413). Grund und Folge eines solchen Aufhebungsbegehrens ist völlig verschieden von dem hier abgehandelten. Das hierüber ergehende Urteil wirkt ex tunc (Ehrenzweig, § 129). Die Auseinandersetzung erfolgt nicht im Wege der Liquidation, sondern nach § 843 ABGB. (vergl. Staub[8], Einleitung zu § 132). Die Mitglieder der für nichtig erklärten Gesellschaft haben gegeneinander den Anspruch auf die zur Löschung der Firma nötige Mitwirkung. Mit dem Klagebegehren auf Nichtigerklärung der Gesellschaft kann auch das Begehren verbunden werden, die anderen Gesellschafter zur Anmeldung der Löschung zu verurteilen. Die Exekution erfolgt nach § 354 EO. Ein bloß in präjudizieller Form ins Urteil aufgenommener Ausspruch, daß die Gesellschaftsfirma zu löschen ist, schafft keinen Exekutionstitel, ist daher ganz bedeutungslos; dies gegen AdlCl. 2413, wo die Aufnahme eines solchen Ausspruches in ganz unzutreffender Weise damit gerechtfertigt wird, daß „durch Urteil Parteierklärungen suppliert werden können" (vergl. § 5 zu Art. 12). Über die Wirkung der Nichtigerklärung der Gesellschaft gegenüber Dritten vgl. § 7 zu Art. 110.

Dagegen ist für die Frage des Rücktrittes von einem gültigen Gesellschaftsvertrage lediglich Art. 125 sedes materiae. Die Vorschriften der Landesrechte über sonstige Rücktrittsgründe gelten insoweit nicht.

1. (Abs. 1 und 2.) **Das Prinzip: Wichtige Gründe geben dem einzelnen Gesellschafter das Recht, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.** § 1.
   a) **Das Erfordernis der Wichtigkeit der Gründe.** Begrifflich liegt dasselbe vor, wenn dem betreffenden Teile nicht zuzumuten ist, die Gesellschaft

Digitized by Google

ferner fortzusetzen, weil die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft, sei es aus persönlichen oder sachlichen Gründen, nicht mehr vorliegen (Bolze 17, Nr. 525). Hierüber entscheidet das freie richterliche Ermessen.[1])

Über die Art der Feststellung dieses begrifflichen Erfordernisses im konkreten Falle führt das Reichsgericht (24, S. 137) zutreffend aus: „Für die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist dem Richter durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß aber seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher in dem Verschulden eines Gesellschafters oder in dessen Person liege. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Momente können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen; ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde." (Ebenso RG. in ZBl. 1901, Nr. 108 und Lastig, Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, S. 27.) Nur ist der letzteren Bemerkung hinzuzufügen, daß einem solchen Grunde, wenn seine Bedingungen ad hoc erzeugt sind, die exceptio doli entgegensteht.

Überhaupt ist aber hinzuzufügen, daß auch der Vertrag selbst über die Wichtigkeit der Gründe disponieren kann, sei es, daß er bestimmte Umstände zu absoluten Auflösungsgründen macht oder solchen Umständen, die an sich wichtig wären, das Kriterium der Wichtigkeit nimmt oder endlich die im vorliegenden Artikel aufgezählten Auflösungsgründe präzisiert (vergl. z. B. § 5 a. E.). Doch dürfen solche Vereinbarungen nicht gegen Verbotsgesetze und die guten Sitten verstoßen.

Daß ein Schaden eingetreten ist, ist nicht gerade erforderlich für das Vorliegen eines wichtigen Grundes und ist auch andrerseits nicht dazu ausreichend (OLG. Dresden in GZ. 8, S. 592).

§ 2. b) **Das Verlangen auf Auflösung wird geltend gemacht** durch die an die übrigen Gesellschafter gerichtete bestimmte Erklärung, daß die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft verlangt wird. Daß hiefür Gründe angegeben werden müssen, ist nicht vorgeschrieben und ist daher nicht anzunehmen. Es muß ferner angenommen werden, daß die angegebenen Gründe durch andere ergänzt oder substituiert werden können, weil es hier wie bei der Auflösung eines Dienstverhältnisses nur auf die objektive Sachlage ankommt (vergl. § 1 zu Art. 62). Die Geltendmachung braucht nicht unverzüglich zu erfolgen: in der bloß faktischen Fortsetzung der Gesellschaft ist nicht notwendig eine Verzeihung des Fehltrittes zu finden (vergl. jedoch ROHG. 6, S. 112). Geben die übrigen Gesellschafter dem Verlangen Folge, stimmen sie ausdrücklich zu oder tun sie diejenigen Schritte, welche die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen, und konsentieren so stillschweigend, so liegt Auflösung durch Übereinkunft vor nach Art. 123, Nr. 4 (vergl. ROHG. 12, S. 103). Eine solche ist auch dann vorhanden, wenn alle Gesellschafter

[1]) Dasselbe ist jedoch wohl zu unterscheiden von der Beweislast. Diese trifft den, der die Auflösung verlangt.

Digitized by Google

gleichzeitig gegeneinander auf Auflösung klagen (OLG. Hamburg in GZ. 35, S. 233).

2. **Auf richterliche Entscheidung** ist dann anzutragen, wenn die Gesellschafter § 3. dem Verlangen auf Auflösung weder ausdrücklich zustimmen, noch sonst durch ihr Verhalten demselben Folge geben. Alsdann ist der „Fall des Widerspruches" vorhanden. Keineswegs aber bedeuten diese Worte, daß im Falle brieflichen Verlangens die anderen Gesellschafter widersprechen müssen, widrigenfalls sie als zustimmend gelten (ROHG. 12, S. 102). Der Ausschluß des Rechtsweges durch Vertrag und die Bestimmung, daß über die Wichtigkeit ein Majoritätsbeschluß der Mitglieder entscheidet, ist ungültig (ROHG. 21, S. 87, vergl. aber § 7 a zu Art. 123).

Die richterliche Entscheidung ist zu erzielen durch Erhebung der Klage. Denn der Richter entscheidet im ordentlichen Rechtswege über das Verlangen auf Auflösung der Gesellschaft (ROHG. 1, S. 27; 11, S. 264; AdlCl. 1563, 1003, 1760; Blaschke-Pitreich, S. 143; Randa II., S. 216); die Erhebung einer Einrede genügt nicht (anders Behrend, § 78, Anm. 12; OLG. Frankfurt in GZ. 35, S. 232; ROHG. 12, S. 101), weil das Urteil konstitutiven Charakter hat (vergl. weiter unten). Aus diesem Grunde kann das Begehren auf Auflösung auch nicht mittels Zwischenantrages auf Feststellung im Sinne der §§ 236 und 259 ZPO. geltend gemacht werden, da die erst mit Rechtskraft der dieselbe aussprechenden Entscheidung eintretende Auflösung niemals für das Bestehen des Rechtsverhältnisses präjudiziell sein kann, über das ein Rechtsstreit bereits anhängig ist. Die Klage richtet sich gegen die übrigen Gesellschafter, nicht gegen die Gesellschaft, wenn auch nur einer widerspricht. Die Klage kann nach Maßgabe der ZPO. auch noch im Laufe des Rechtsstreites zurückgenommen und es kann auf den erhobenen Auflösungsanspruch verzichtet werden.

Der Inhalt der richterlichen Entscheidung ist der Ausspruch der Auflösung. Dieser Ausspruch hat, wenn rechtskräftig geworden, die Wirkung, daß nunmehr die Gesellschaft aufgelöst ist, also nicht deklarative, sondern konstitutive Bedeutung. Das ist freilich streitig (zust. Stein, GZ. 1897, Nr. 9; Randa II., S. 216; Nosek, GZ. 1899, Nr. 29; R. Pollak, Zivilpr. S. 7; anders ROHG. 12, S. 98; RG. bei SeuffA. 55, Nr. 19; Behrend, § 78, Anm. 12; Hahn, § 5; Puchelt-Förtsch, Anm. 2.) Allein der Wortlaut des Gesetzes bestätigt unsere Auffassung, und überdies kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben, daß schon das Verlangen des Antragenden die Auflösung herbeiführen soll. Es genügt nicht, sich hinsichtlich der Zwischenzeit zwischen dem Verlangen und dem rechtskräftigen Urteile wie Puchelt (Anm. 2) mit der Bemerkung abzufinden, daß „die Sache in suspenso bleibe". Denn dieser Schwebezustand wäre ein Zustand heilloser Unsicherheit nach innen und nach außen. Nach innen: denn nunmehr würden unter der Voraussetzung, daß das spätere Urteil auf Auflösung lautet, alle inzwischen von den geschäftsführenden Gesellschaftern vorgenommenen Maßnahmen rückwärts als unberechtigt anzusehen sein, die der Antragende sicherlich und wohl auch die übrigen Gesellschafter, welche der Auflösung nicht widersprochen haben, gegen sich nicht gelten zu lassen brauchten; und nach außen würde die gesetzliche Vertretungsbefugnis auf einen noch viel schwankenderen Boden gestellt werden. Denn da die aus wichtigen Gründen verlangte Auflösung die gesetzliche Vertretungsbefugnis aufhebt, so würde diese Aufhebung nach Art. 129, Abs. 5 auch dem Dritten gegenüber wirken, sobald er davon Kenntnis hat. Dabei würde der Dritte die Wichtigkeit der Gründe

Digitized by Google

zu prüfen und über sie sich schlüssig zu machen haben! Es leuchtet ein, daß dies ganz unhaltbare Zustände wären. Dem hierin liegenden schweren Bedenken gegen die bloß deklarative Kraft des Auflösungsurteiles und die Auflösungskraft der bloßen Erklärung sucht v. Hahn (§ 5) dadurch zu begegnen, daß er sagt: Solange die Zulässigkeit der Auflösung bestritten werde, könne nicht davon die Rede sein, daß der Dritte die Auflösung gekannt habe. Allein das Bedenken ist dadurch nicht widerlegt. Man denke z. B. an den Fall, daß der Dritte die den Auflösungsgrund abgebende Tatsache gekannt, der bestreitende Gegner aber nicht gekannt und deshalb zunächst bestritten habe. Man kann doch in solchem Falle unmöglich sagen, der Dritte habe die Auflösung nicht gekannt, weil einer der Sozien die Tatsache bestritten habe. Es läßt sich aber nachweisen, daß der Gesetzgeber der bloßen Erklärung des Auflösungsverlangens nicht die Wirkung habe geben wollen, als sei, wie Hahn dies scharft und richtig formuliert, ein ipso jure eintretender Auflösungsgrund eingetreten. Denn nach P. 235 hat man dem Auflösungsgrunde Nr. 1, der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes, gerade deshalb die Wirkung einer Auflösung ipso jure versagt, weil es hier an Meinungsverschiedenheiten über das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen nicht fehlen werde. Man wollte also auf einem Gebiete, auf welchem die Meinungsverschiedenheiten leicht zu befürchten sind, die Auflösung nicht ex abrupto, sondern nach gerichtlicher Erörterung der Meinungsverschiedenheiten eintreten lassen.

Mit der Rechtskraft des Urteiles ist hienach die Gesellschaft aufgelöst. Bis dahin kann der antragende Gesellschafter auf seinen Auflösungsanspruch noch verzichten und dadurch bewirken, daß die Gesellschaft fortbesteht, als sei ihr Bestand niemals angefochten worden, was sich anders stellen würde, wenn schon das gestellte Verlangen die Auflösung herbeiführen würde. Bis dahin bleiben ferner alle Gesellschafter im Genusse aller ihrer Befugnisse, insbesondere zur Vertretung der Gesellschaft. Mißlichkeiten in dieser Hinsicht können nur durch einstweilige Verfügungen abgestellt werden (vergl. über diese § 3 zu Art. 101 und § 2 zu Art. 115). Trotzdem nach § 505, Abs. 3 ZPO. der außerordentlichen Revision eine hemmende Wirkung nicht zukommt, kann eine Auflösung, die durch ein von der zweiten Instanz bestätigtes Urteil ausgesprochen ist, solange eine Revision schwebt oder die Frist zur Erhebung einer solchen noch offen ist, nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Denn § 505, Abs. 3 will nur sagen, daß die außerordentliche Revision die Vollstreckbarkeit nicht hemmt, die gegenständliche Eintragung ist aber keine Vollstreckung des die Auflösung der Gesellschaft aussprechenden Urteiles (vergl. § 4 zu Art. 12). Eingetragen wird nur die erfolgte Auflösung der Gesellschaft und diese tritt erst mit der Rechtskraft und nicht schon mit der Vollstreckbarkeit des Urteiles ein.

Das Urteil hat aber nicht die weitere Folge, daß nunmehr ohneweiters Schadenersatz gefordert werden kann. Es finden vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Schadloshaltung und Schuld (ROHG. 17, S. 366), von den Folgen des Verzuges und der Klagezustellung Anwendung. Aus jenen allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, daß, wenn jeder Gesellschafter dem anderen durch sein Verhalten Veranlassung zur Auflösung gegeben hat, keinem Teile an Anspruch auf Schadenersatz zusteht (ROHG. 24, S. 308, ein Gesellschafter hatte mit der Ehefrau des anderen Ehebruch getrieben und war dafür von ihm mißhandelt worden). Ebenso Bolze 5, Nr. 744,

Digitized by Google

wo noch gesagt ist, daß es auf den Grad der beiderseitigen Verschuldung nicht ankommt.

3. (Abs. 3.) **Die einzelnen Gründe**, welche das Gesetz aufführt, sind nicht zwingend, es „kann" nur in diesen Fällen die Auflösung ausgesprochen werden (ROHG. 18, S. 396). Auch sind sie nicht erschöpfend, sondern nur Beispiele. § 4.

Nr. 1. **Die Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes.** Weil darüber, wenn sie vorliegt, Meinungsverschiedenheit herrschen kann, deshalb ist sie nicht zum ipso jure wirkenden Auflösungsgrunde erklärt worden (P. 235). Aber schon darüber, was unter dem Gesellschaftszwecke zu verstehen ist, besteht Streit: ob es die Betreibung des im Gesellschaftsvertrage angegebenen Handelsgewerbes überhaupt ist ohne Rücksicht auf das pekuniäre Resultat oder das durch das Handelsgewerbe erstrebte Ziel des Gewinnes. Letzteres ist, gemeint, ersteres würde aus theoretischen Gründen zu unpraktischen Ergebnissen führen. Auch das Wort „unmöglich" darf nicht gepreßt werden, vielmehr wird eine nur durch außergewöhnliche oder unwahrscheinliche Umstände zu überwindende Schwierigkeit der Unmöglichkeit gleichzustellen sein. Die Auflösung einer mit bestimmten Produkten handelnden Gesellschaft kann daher nicht bloß dann verlangt werden, wenn in Ansehung dieser Produkte ein Monopol eingeführt wird, sondern schon dann, wenn der Handel durch Einführung hoher Zölle keinen Nutzen mehr verspricht. Andere Fälle sind: wenn durch neue Erfindungen der Artikel wesentlich verbessert oder wenn durch Konkurrenzunternehmungen der Betrieb wesentlich erschwert wird. Dabei kommt überall die Erwägung nicht mit in Betracht, daß sich durch die Erhöhung des Kapitals der Gesellschaftszweck doch noch erreichen ließe, da zur Erhöhung seiner Einlage kein Gesellschafter verpflichtet ist (Art. 92). Andrerseits rechtfertigt die Tatsache allein, daß bereits Verluste am Einlagekapital entstanden sind, die Anwendung dieser Vorschrift nicht, wenn nicht durch diese Verluste die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist, was allerdings bei erheblichen Einbußen meist der Fall sein wird (OAG. Dresden in GZ. 8, S. 592; OLG. Frankfurt in GZ. 35, S. 233). **So ist mangelnde Rentabilität als Auflösungsgrund anerkannt** in AblCl. 1348 und ROHG. 12, S. 102. In Gesellschaftsverträgen wird dieser Auflösungsgrund gewöhnlich dahin präzisiert, daß die Auflösung der Gesellschaft verlangt werden kann, wenn ein bestimmt angegebener Teil des Gesellschaftsvermögens aufgezehrt ist oder wenn der Reingewinn nicht jährlich einen bestimmten Betrag erreicht. Im allgemeinen ist hiebei zu bemerken, daß ein neues Geschäft meist nicht gleich bedeutende Erfolge erzielt, daß man vielmehr im Anfange mit großen Spesen und geringen Einnahmen, mit Versuchen usw. (den sogenannten Kinderkrankheiten des Geschäftes) wird rechnen müssen. § 5.

Nr. 2. **Unredlichkeit** bei Geschäftsführung und Rechnungslegung. Beispiele: Wenn der Gesellschafter wissentlich zu viel Auslagen liquidiert oder sich persönliche Belohnung bei Gesellschaftsgeschäften stipuliert (vergl. ROHG. 13, S. 179, wo dies als Entlassungsgrund eines Aktiengesellschaftsdirektors angenommen worden ist; vergl. auch Bolze 7, Nr. 630); Nichtablieferung vereinnahmter Gelder (OAG. Dresden in GZ. 11, S. 565). § 6.

Nr. 3. **Nichterfüllung der Verpflichtungen.** Es ist zu beachten, daß dies nur einen Grund abgibt, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, und daß die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, wenn die angebliche Nichterfüllung der Verpflichtung nicht nachgewiesen oder nicht als erheblich genug § 7.

Digitized by Google

befunden wird. Gegen chikanöse Ausbeutung jeder geringfügigen Pflichtverletzung schützt das allgemeine Erfordernis „wichtig“. (P. 236).

Die Praxis hat die vorliegende Nummer angewendet bei Nichteinlegung versprochener Einlagen (Bolze 8, Nr. 544; vergl. andrerseits Bolze 13, Nr. 791), unterlassener Aufnahme von Inventur und Bilanz, sowie eigenmächtiger Abschließung von Geschäften, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (ROHG. 20, S. 244); Unfleiß und Entziehung der Tätigkeit überhaupt (GZ. 7, S. 462); verbotenen Separatgeschäften (Bolze 15, Nr. 414). Grobe Fehler und Unregelmäßigkeiten in der Buchführung erscheinen nicht immer als hinreichend, weil die übrigen geschäftsführenden Gesellschafter die Pflicht der Überwachung und Abhilfe haben (ROHG. 18, S. 397).

§ 8. Nr. 4. **Mißbrauch** der Firma oder des Gesellschaftsvermögens zu Privatzwecken. Zwar ist nicht jeder Gebrauch der Firma zu Privatzwecken Mißbrauch derselben (ROHG. 9, S. 432). Wohl aber liegt ein solcher Mißbrauch immer dann vor, wenn durch den Gebrauch der Firma eine Verpflichtung für die Gesellschaft konstituiert ist, so z. B. bei Girierung eines Privatwechsels mit der Gesellschaftsfirma, auch wenn damit eine Benachteiligung der Gesellschaft nicht beabsichtigt und nicht bewirkt war, weil immerhin die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Sozius werde auch in anderen minder harmlosen Fällen nicht anstehen, die Gesellschaftsfirma zu Privatzwecken zu gebrauchen (ROHG. 20, S. 265). Der Gesellschafter hat eben Privatangelegenheiten und Gesellschaftsangelegenheiten genau zu scheiden, und er täuscht das in dieser Hinsicht in ihn gesetzte Vertrauen in gröblicher Weise, wenn er die Gesellschaft zur Regulierung eigener Verpflichtungen obligiert. Der Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens muß erheblich sein, nicht jede Kleinigkeit, z. B. mißbräuchliche Verwendung von Kanzleivorräten oder Postwertzeichen, kann als Auflösungsgrund verwertet werden. (Vergl. z. B. Bolze 5, Nr. 745.)

§ 9. Nr. 5. **Anhaltende Krankheit oder andere physische Unfähigkeitsgründe.** Zu letzteren gehört z. B. Mangel der erforderlichen technischen Fähigkeiten (OLG. Dresden in GZ. 8, S. 590; siehe auch Bolze 12, Nr. 502). Die Krankheit oder der sonstige Unfähigkeitsgrund kann auch in der Person des antragenden Gesellschafters liegen, und man kann ihm nicht etwa einwenden, daß er aus seiner eigenen Behinderung keine Rechte herleiten kann; denn er geht dadurch ja auch der Möglichkeit verlustig, seine Gesellschaftsrechte voll und ganz auszuüben, man denke nur an die Kontrollbefugnis (vergl. übrigens oben § 1). Daß die Unfähigkeit schon bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages vorhanden war, ändert hieran nichts (Bolze 12, Nr. 502).

§ 10. 4. **Andere Beispiele aus der Praxis von wichtigen Gründen sind:** Wegzug eines Gesellschafters vom Sitze der Gesellschaft (Appellgericht Eisenach in Busch, Archiv 16, S. 86); verschwiegene Armut (OAG. Lübeck in GZ. 7, S. 471 ff.); Bestrafung wegen Verbrechen, die nicht gegen die Gesellschaft gerichtet sind; eintretende Verarmung nur, wenn sie einen nachteiligen Einfluß auf das Gedeihen der Gesellschaft ausübt oder befürchten läßt (v. Hahn, § 15), nicht jedoch auch, wie Hahn weiter annimmt, ist die Verarmung für den Gesellschafter selbst ein Grund, um die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wenn unter den veränderten Umständen das Verbleiben in der Gesellschaft für ihn von Nachteil wäre, weil er dadurch am eigenen Erwerb gehindert wird, darauf brauchen die Gesellschafter keine Rücksicht

Digitized by Google

zu nehmen; injuriöses Verhalten (vergl. ROHG. 11, S. 265; es hatte ein Sozius den anderen „Bummler" und „Berliner Schwindler" genannt; unter den konkreten Umständen jenes Falles — Arbeitsteilung zwischen den Sozien — war dies nicht für wichtig genug erachtet); Verleumdungen welche in einer abgewiesenen Ausschließungsklage enthalten waren (ROHG. 20, S. 268); Mißhandlung eines Gesellschafters durch den anderen (ROHG. 24, S. 308; Obergericht Wolfenbüttel in Busch, Archiv 8, S. 212); Konkurrenzgeschäfte nach Art. 97 (vergl. oben § 7).

Zusatz. Der Artikel handelt nur von Gründen, aus welchen die Auflösung einer bereits ins Leben getretenen Handelsgesellschaft verlangt werden kann. Sind aber solche Gründe vorhanden, so kann **der Rücktritt vom Vertrage, auch ehe die Gesellschaft ins Leben getreten ist,** erklärt werden (Busch, Archiv 15, S. 428; RG. bei Bolze 9, Nr. 472; AdlCl. 1348). **§ 11.**

Artikel 126.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, es mag die Gesellschaft auf bestimmte Dauer oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein, behufs seiner Befriedigung nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

Die Aufkündigung muß mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft geschehen.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel ist erst in dritter Lesung angenommen worden. **Er statuiert ein Mittel, um das dem Einzelgesellschafter zustehende Gesellschaftsguthaben dem Zugriffe der Privatgläubiger zugänglich zu machen.** Weil dies auf dem Wege der Auflösung geschieht, so ist die Vorschrift den übrigen Auflösungsarten an die Seite gesetzt. (Aus der Literatur siehe insbesondere Ohmeyer, Exekution auf Anteilsrechte, GZ. 1901, Nr. 21 bis 23, Tilsch, Einfluß der Prozeßgesetze, S. 281; Marcus bei Holdheim 1907, S. 134.)

Die vom Gläubiger betriebene Auflösung hat folgende Voraussetzungen und Wirkungen.

1. **Die Voraussetzungen.** **§ 1.**

a) **Zunächst die fruchtlos vollstreckte Exekution.** Sie ist nur notwendig in dem Falle, um welchen es sich hier handelt: wenn nämlich auf Grund der Beschlagnahme die bestehende Gesellschaft zur Auflösung gebracht und dadurch ein Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafterschuldners existent werden soll; nicht auch, wenn dasselbe nach Auflösung der Gesellschaft gepfändet wird; nicht, wenn diejenigen Bezüge gepfändet werden sollen, welche dem Gesellschafter nach Art. 108 zustehen; und endlich nicht, wenn zwar das Auseinandersetzungsguthaben gepfändet wird, doch so, wie es von selbst, durch andere Ursachen, existent wird (AdlCl. 1619; a. M. AdlCl. 1556; Randa II., S. 23, und bezüglich des entsprechenden § 56, GenG., AdlCl. 2209). Die fruchtlos vollstreckte Exekution ist endlich nicht notwendig, wenn der Gläubiger bloß die Rechte ausüben will, die ihm nach § 333 EO. zustehen (Tilsch, S. 281; vergl. unten § 12).

Digitized by Google

Die Voraussetzungen einer fruchtlos vollstreckten Exekution in das Vermögen des Gesellschafters liegen vor, wenn eine Exekution auf dessen körperliche bewegliche Sachen infolge von deren Minderwertigkeit, vorausgehenden Pfandrechte oder erhobenen Eigentumsansprüche zu keiner Deckung des Gläubigers führt. Die Bestimmung des § 47 EO., der die Voraussetzung normiert, unter denen der Verpflichtete zur Ablegung des Offenbarungseides verhalten werden kann, ist hier unbedenklich anwendbar. Wie dort ist auch hier eine fruchtlos vollstreckte Exekution in Realitäten des Schuldners weder notwendig, noch genügend. (Dies ist in der Praxis freilich bestritten.)

§ 2. b) **Die Exekution des Guthabens.** Hierüber siehe § 3 zu Art. 119. Pfändung der Guthabensforderung ist genügend; Überweisung ist nicht notwendig. Jedoch muß es sich um eine Exekution zur Befriedigung, nicht bloß um eine Exekution zur Sicherstellung handeln.

§ 3. c) **Die Kündigung.** Sie muß den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft zugehen, und auch an jene gerichtet sein (vergl. jedoch § 3 zu Art. 124). Die Frist ist sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Wann das Geschäftsjahr der Gesellschaft abläuft, wird dem Gläubiger nicht immer bekannt sein. Die Zeitbestimmung des Gesetzes ist deshalb keine glückliche.

§ 4. 2. **Die Folgen der Geltendmachung dieses Rechtsmittels sind:**

a) **In Ansehung der Gesellschaft: die Auflösung derselben nach Maßgabe** des § 1 zu Art. 123 (vergl. übrigens § 2 zu Art. 127). Gegen eine freiwillige Auflösung der Gesellschaft steht ihm kein Einspruchsrecht zu (Marcus a. a. O.). Die Auflösung tritt mit Ablauf der Kündigungsfrist ipso jure ein ohne Klage und Richterspruch. Sie tritt selbst dann ein, wenn die Gesellschaft vertragsmäßig noch längere Zeit zu bestehen hatte. Das Rechtsmittel greift daher in die Rechte aller Gesellschafter ein und geht oft weiter als das Recht des Schuldners, ist also insoferne kein abgeleitetes, sondern ein selbständiges, unabhängiges Recht; ein Gestaltungsrecht im Dienste der Zwangsvollstreckung (Marcus, a. a. O.). Es ist daher, wie in der Beratung nicht verkannt wurde, ein sehr rigoroses Mittel (P. 4526, 4563). Doch haben es, worauf in der Beratung demgegenüber hingewiesen wurde, die Gesellschafter in der Hand, durch die Befriedigung des Gläubigers die Folgen abzuwenden. Unzweifelhaft wird die Auflösung verhindert, wenn sie den Gläubiger vor der ausgesprochenen Kündigung befriedigen. Zweifelhaft wird dieses schon, wenn die Befriedigung nach geschehener Kündigung, aber vor dem Eintritte der Auflösung erfolgt. Keyßner (Anm. 3) vertritt die Ansicht, daß die Auflösung auch dann inter socios eintritt, nur daß dieselben nach Art. 132 die Auflösung in eine Ausschließung verwandeln können. Hahn will dies nicht gelten lassen, wenn die Befriedigung sofort nach geschehener Aufkündigung erfolgt. Dieser Gesichtspunkt aber kann nicht begriffsmäßig durchschlagen. Die Auflösung tritt vielmehr in einem solchen Falle überhaupt nicht ein. Entscheidend ist, daß die trotz ihrer Exorbitanz eingeführte Vorschrift lediglich den dritten Gläubiger schützen soll und deshalb zessiert, sobald dessen Recht und Interesse wegfällt. Aus diesem Grunde kann derjenige Sozius, gegen den die Maßregeln des Gläubigers sich richten, sicherlich auf der Auflösung nicht bestehen; die übrigen Sozien aber können das Gläubigerrecht auf Auf-

Digitized by Google

lösung in einem solchen Falle nicht geltend machen, weil sie andrerseits Sozien sind und die rücksichtslose Ausübung des erworbenen Gläubigerrechtes mit ihren Gesellschaftspflichten in unauslöslichem Widerspruch stände. Wollen die übrigen Gesellschafter die erfolgte Gläubigerkündigung benutzen, um des betreffenden Gesellschafters ledig zu werden, so mögen sie die Rechte aus Art. 132 ausüben und sich des Erwerbes der Forderung enthalten. Dazu gehört freilich, was Hahn, Note 4, uns entgegenhält, ein gemeinsamer Beschluß der übrigen Sozien; aber es ist auch nicht einzusehen, wie ein einzelner Gesellschafter dazu käme, die Tatsache der Kündigung einseitig für sich auszubeuten. Befriedigt der Sozius schuldner den betreibenden Gläubiger, und sei es auch nach der Kündigung, so tritt die Auflösung gleichfalls nicht ein; denn damit am Stichtage die Auflösung eintrete, muß der Auflösungsgrund bis dahin fortwirken.

b) **In Ansehung des Gläubigers.** Er hat, wenn die Gesellschafter nicht die Ausschließung des Schuldners nach Art. 132 beschließen, ein absolutes Recht auf Einleitung und Durchführung der Liquidation, aber erst nachdem durch die rechtzeitige Kündigung und den Ablauf der sechsmonatlichen Frist die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt worden ist (AdlCl. 2283). Er ist nicht an Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gebunden, durch welche im Falle der Auflösung eine andere Art der Auseinandersetzung angeordnet ist (vergl. Behrend, § 81, Anm. 10), noch weniger aber an nachträgliche Vereinbarungen der Gesellschafter nach dieser Richtung. Auch hierin zeigt sich die Selbständigkeit und Unmittelbarkeit seines Rechtes (vergl. oben § 4). Dieses Recht auf Einleitung und Durchführung der Liquidation kann er dadurch ausüben, daß er die Gesellschafter zunächst auf Eintragung der Auflösung und Liquidation verklagt. Er kann auch beim Registerrichter die Einleitung des Offizialverfahrens in Anregung, beziehungsweise in Antrag bringen (§ 1 zu Art. 26; die dort zitierte Entscheidung des Kammergerichtes vom 7. Mai 1894 betrifft gerade den vorliegenden Fall). Er kann aus wichtigen Gründen das Recht auf Ernennung und Abberufung von Liquidatoren geltend machen (vergl. § 5 zu Art. 133 und § 4 zu Art. 134). Ist die Liquidation eingeleitet, so hat er kein Recht der Mittätigkeit, wohl aber das Recht auf Auskunftserteilung in angemessenen Zwischenräumen, auch auf Rechnungslegung (Puchelt, Anm. 4 zu Art. 133). Endlich hat er das Recht, beziehungsweise die Klage auf Ausantwortung des Gesellschafterguthabens, soweit seine Forderung reicht, unter Umständen auch schon vor Beendigung der Liquidation (Art. 141). § 5.

Zusatz. § 333, Abs. 1 EO. bestimmt: „Hat der Verpflichtete kraft des gepfändeten Rechtes die Ausfolgung einer Vermögensmasse oder die Teilung derselben und die Ausscheidung des ihm gebührenden Anteiles zu beanspruchen, so kann das Exekutionsgericht den betreibenden Gläubiger auf Antrag ermächtigen, dieses Recht des Verpflichteten in dessen Namen geltend zu machen und zu diesem Zwecke nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Teilung oder die Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens zu begehren, Kündigungen vorzunehmen und die sonst zur Ausübung der Nutzbarmachung des gepfändeten Rechtes erforderlichen Erklärungen wirksam für den Verpflichteten abzugeben. Diese Ermächtigung gewährt dem Gläubiger auch die Befugnis zur Einklagung des gepfän- § 6.

Digitized by Google

deten Rechtes, sowie einzelner aus denselben hervorgehender Ansprüche (§ 308)."

Seinem Wortlaute nach wäre § 333 EO. auf Gesellschaftsrechte nicht anwendbar, denn diese sind nicht pfändbar (vergl. § 4 zu Art. 119); bilden aber das Recht, kraft dessen der Verpflichtete Auseinandersetzungsansprüche zu stellen hat. Da jedoch § 333 EO. nur die Rechte nach Art. 126 HGB. verallgemeinern wollte (Mat. I, S. 577), so muß man eine ungenaue Redaktion annehmen und aus § 333 EO. in seiner Anwendung auf Gesellschaftsverhältnisse die Norm entnehmen, daß der Gläubiger, der die seinem Schuldner aus dem Gesellschaftsverhältnisse zustehenden, der Exekution unterworfenen Ansprüche in Exekution gezogen hat, die zur Fälligkeit dieser Ansprüche nötige Lösung des Gesellschaftsverhältnisses auch gegen den Willen des Schuldners bewirken kann. Voraussetzung der in § 333 näher bezeichneten Ermächtigung bildet also auch die erfolgte Exekution auf die dem Verpflichteten als Gesellschafter irgend einer Gesellschaft zustehende Forderung auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben.[1]) § 333 EO. findet also Anwendung neben Art. 126 HGB. § 333 EO. hat nicht die fruchtlos erfolgte Exekution im Privatvermögen zur Voraussetzung, gewährt das Kündigungsrecht, jedoch nur gegen gerichtliche Ermächtigung und nur das dem Verpflichteten zustehende Kündigungsrecht; die Festsetzung einer längeren Kündigungsfrist muß also der Gläubiger gegen sich gelten lassen (vergl. Tilsch, a. a. O.), wie ihm andrerseits die Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist als der gesetzlichen zu gute kommt.

Artikel 127.

Wenn die Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft übereingekommen sind, daß, ungeachtet des Ausscheidens eines oder mehrerer Gesellschafter, die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, so endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden; im übrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort.

Einleitung. **Der Artikel gibt zu Gunsten der Aufrechterhaltung bestehender Handelsvereinigungen die Möglichkeit, eine Handelsgesellschaft trotz Ausscheidens eines Mitgliedes fortbestehen zu lassen.** Die hier vorgesehene Fortsetzung der Gesellschaft betrifft die Fortsetzung unter den übrigen Sozien beim Wegfall eines von ihnen. Sie ist wohl zu unterscheiden von den Fällen Nr. 2 und 5 in Art. 123, in welchen die Gesellschaft von allen übrigen Sozien, beziehungsweise deren Erben fortgesetzt wird.

§ 1. 1. **Die hier vorgesehene Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Sozien beim Wegfall eines von ihnen** hat, wie das Gesetz deutlich sagt, die **Wirkung**, daß die Gesellschaft in Beziehung auf den Ausscheidenden endet, im übrigen aber auch mit allen bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fortbesteht. (Vergl. auch Budw. 12591: keine Umschreibung des Markenrechtes nach § 9 MarkG. beim Ausscheiden eines Gesellschafters.) Auf den Eintritt dieser Wirkung hat auch der Ausscheidende ein durch Klage festzustellendes Recht, an dessen Geltendmachung er insofern interessiert ist, als dadurch die Liquidation vermieden und der Anspruch auf Auszahlung seines buchmäßigen Guthabens erzeugt wird (Art. 130; Bolze 2, Nr. 1109).

[1]) Es handelt sich um die Pfändung einer Forderung und nicht trotz der Stellung des § 333 um die Pfändung eines anderen Vermögensrechtes; für die Entstehung des Pfandrechtes ist daher § 294 und nicht § 331 EO. maßgebend.

Digitized by Google

Nur das Firmenrecht, als ein persönliches Namenrecht, geht nicht ohneweiters auf die fortgesetzte Gesellschaft über. Die Einwilligung in die Fortsetzung der Gesellschaft ist nicht ohneweiters als Einwilligung in die Fortführung der Firma aufzufassen. Dazu gehört besondere Zustimmung, wenn diese nach Art. 24 erforderlich ist (vergl. § 3 zu Art. 24; Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 494).

2. **Die Voraussetzungen dieser Fortsetzung** sind: § 2.

a) **Das Ausscheiden eines Sozius.** Dazu gehören alle Fälle des Ausscheidens außer der Ausschließung, welche letztere in Art. 128 abgehandelt wird (OLG. Dresden in Busch, Archiv 47, S. 68). Das Ausscheiden braucht aber kein freiwilliges zu sein, zumal auch das Ausscheiden durch den Tod darunter fällt (Strieth, Archiv 77, S. 16; AdlCl. 1425); auch das Ausscheiden eines Sozius durch Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (OLG. Dresden in GZ 35, S. 233) gehört hieher. Desgleichen das Ausscheiden durch Blödsinnigkeitserklärung eines Sozius (Bolze 2, Nr. 1109). Vergl. hierüber Behrend, § 79, Anm. 6. Auch für den Fall der Kündigung eines Gläubigers nach Art. 126 kann die Fortsetzungsvereinbarung getroffen werden. Der Gläubiger kann in diesem Falle nicht Auflösung der Gesellschaft, sondern nur Ausscheiden seines Schuldners und die Ausfolgung des Auseinandersetzungsguthabens verlangen (Staub[8], Anm. 5 zu § 138).

b) **Das übrigbleiben von mindestens zwei Sozien,** da ja eine Gesellschaft § 3. durch eine Person begriffsmäßig nicht fortgesetzt werden kann (P. 249; vergl. ROHG. 11, S. 160; RG. 7, S. 121; Johow 11, S. 29; Blaschke-Pietreich, S. 141). Haben die Sozien in dem Falle des Übrigbleibens nur eines Gesellschafters eine Fortsetzungsvereinbarung getroffen, so wird darunter die Übernahme des Geschäftes und die Auseinandersetzung nach Analogie des Art. 130 verstanden werden müssen (Keyßner, S. 119; Makower, Anm. 12b; Bolze 12, Nr 416). Der Übernehmer ist berechtigt, nach Eintritt des Tages, an welchem die Übernahme erfolgen soll, das Geschäft für seine Rechnung zu betreiben; er ist dazu nicht erst dann berechtigt, wenn er den anderen Teil abgefunden hat (Bolze 16, Nr. 495). Die Fragen über Umfang der Aktivenübernahme und über die Voraussetzungen und Wirkungen der Passivenübernahme beantworten sich hier in gleicher Weise wie in den Erläuterungen zu Art. 22.

Nicht hieher gehört der Fall, wo vor dem vertraglichen Austritte des einen verabredet wird, daß für ihn ein anderer eintrete. Hierin liegt allerdings auch eine Fortsetzung der Gesellschaft, aber in anderm Sinne (ROHG. 14, S. 151; vergl. § 2 zu Art. 113).

c) **Das Vorliegen einer Vereinbarung vor der Auflösung der Gesellschaft.** § 4. Das bestimmt das Gesetz klar und deutlich, und es kann hienach keinem Zweifel unterliegen, daß auch der Ausscheidende zustimmen muß. Denn vor der Auflösung können „die Gesellschafter nicht übereinkommen", wenn nicht alle zustimmen (Puchelt, Anm. 2). Daraus folgt zugleich, daß auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter zugestimmt haben müssen. Die Vereinbarung kann auch allgemein auf Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters lauten und braucht keinen bestimmten Fall des Ausscheidens zu erwähnen (Bolze 2, Nr. 1109).

Zusatz 1. Die Fortsetzungsvereinbarung muß vor Eintritt des Auflösungsgrundes getroffen sein (AdlCl. 2245, OGH. 27. November 1906, ZBl. 1907, § 5.

Digitized by Google

Nr. 20, a. M. Behrend, § 79, Anm. 8). Ist vor Eintritt des Auflösungsgrundes keine Vereinbarung im Sinne dieses Art. 127 getroffen, so erwirbt der ausscheidende Gesellschafter mit Eintritt des Auflösungsgrundes ein Recht auf Liquidation, das ihm gegen seinen Willen nicht entzogen werden kann (vergl. Staub[8], Anm. 7 zu § 138). Wohl aber kann nach Eintritt des Auflösungsgrundes mit dem Gesellschafter, in dessen Person sich der Auflösungsgrund ereignet, oder dessen Erben eine Vereinbarung getroffen werden, daß die übrigen Gesellschafter ohne den Ausscheidenden die Gesellschaft fortsetzen.[1]) Ist diese Vereinbarung vor Beendigung der Auseinandersetzung getroffen, so bleibt die Identität der Gesellschaft gewahrt (vergl. § 1 zu Art. 123 und Staub[8] a. a. O.).

§ 6. **Zusatz 2. Der Fall, daß eine Gesellschaft sich auflöst und einer der Sozien das Geschäft übernimmt**, ist oben § 3 behandelt.

Artikel 128.

Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Art. 125), so kann anstatt derselben auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden, sofern die sämtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen.

Einleitung. **Der Artikel behandelt die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters anstatt der Auflösung der ganzen Gesellschaft.** Er findet nur Anwendung bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft und wenn mindestens zwei Personen übrigbleiben (ROHG. 11, S. 160; RG. 7, S. 21; AdlCl. 2334; Randa II, S. 219). Bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft kann daher nur Auflösung, nicht Ausschließung und Überlassung des Geschäftes an den Antragsteller verlangt werden (OG. Wolfenbüttel in Busch, Archiv 8, S. 212; irrig AdlCl. 100). Über den Fall der Geschäftsübernahme durch einen Sozius siehe § 3 zu Art. 127.

§ 1. 1. **Die Voraussetzung der Ausschließung** ist ein begründeter Antrag aller übrigen Gesellschafter.

a) **Ein Antrag aller übrigen Gesellschafter. Von allen übrigen Gesellschaftern** muß der Antrag ausgehen, während die Auflösung von jedem Gesellschafter verlangt werden kann. **Der Antrag wird gestellt durch Erhebung einer Klage** — was aus diesem und dem folgenden Artikel deutlich hervorgeht (AdlCl. 1254, 1314, 2256; dagegen AdlCl. 960) — deren Petitum gerade auf Ausschließung gerichtet sein muß. In dem Antrage auf Auflösung ist der Antrag auf Ausschließung nicht mitenthalten, und ebenso nicht umgekehrt, die beiden Anträge verhalten sich nicht wie majus und minus, sondern sind verschiedene Dinge (RG. 24, S. 140). Dagegen kann prinzipaliter auf Ausschließung und eventuell

[1]) Randa (II, S. 214), der grundsätzlich die im Texte vorgetragene Ansicht vertritt, lehrt, daß im Falle der Auflösung der Gesellschaft infolge Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters, die Gesellschafter Fortsetzung der Gesellschaft auch ohne Einwilligung des Masseverwalters beschließen können, da der Konkursmasse ohnehin nur der buchmäßige Anteil des falliten Gesellschafters hinaus zu zahlen sei. § 200, Abs. 2 KO., auf den sich Randa beruft, ist jedoch anders zu verstehen (vergl. auch § 4 d zu Art. 123). Die Frage, ob nach Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft fortbesteht oder in Liquidation tritt, ist in § 200 KO. überhaupt nicht geregelt. Ist ersteres der Fall, so ist an die Konkursmasse der auf Grund bilanzmäßiger Bewertung ermittelte Anteil des falliten Gesellschafters auszuzahlen; tritt Liquidation ein, so wird der Konkursmasse der dem falliten Gesellschafter aus dem realen Liquidationserlöse zukommende Anteil ausbezahlt. Daß sich in diesen beiden Fällen ein verschiedener Betrag ergeben kann, liegt auf der Hand.

Digitized by Google

auf Auflösung angetragen werden (Puchelt, Anm. 3). Ferner kann die Ausschließungsklage als Widerklage gegenüber der Auflösungsklage erhoben werden. Durch Aufkündigung wird die Möglichkeit der Ausschließung nicht beseitigt (ROHG. 6, S. 112). Der Antrag muß zwar nicht gerade auf der Stelle unmittelbar nach Eintritt des Ausschließungsgrundes gestellt werden, doch empfiehlt sich dies, da in der Fortsetzung des Verhältnisses trotz Kenntnis des Ausschließungsgrundes leicht ein Verzicht auf den Ausschluß gefunden werden kann (ROHG. 6, S. 112). **Zuständig** ist das Gericht am Wohnsitze des auszuschließenden Gesellschafters.

b) **Ein begründeter Antrag.** Eine Direktive für das Gericht, wann dem Ausschließungsantrage stattgegeben werden soll, hat das Gesetz nicht erteilt, nicht einmal durch Beispiele: vielmehr ist nur auf die Auflösungsgründe des Art. 125 verwiesen und im übrigen alles in das freie Ermessen des Gerichtes gestellt. § 2.

α) Es ist nur auf die Auflösungsgründe des Art. 125 verwiesen. Nicht allegiert ist der Art. 123. Schon deshalb fallen die dort aufgezählten Auflösungsgründe nicht unter den vorliegenden Artikel. Abgesehen davon ist die Hineinziehung des Art. 123 schon begrifflich unmöglich, weil die dort aufgezählten Gründe die Gesellschaft ipso jure auflösen, so daß die Frage, ob bei ihrem Vorhandensein die Ausschließung gefordert werden darf, ja gar nicht mehr erwogen werden kann (vergl. v. Hahn, § 2; Behrend, § 80, Anm. 5; Puchelt, Anm. 2; Cosack, S. 587).

β) Als Richtschnur für das freie richterliche Ermessen gilt das, was das RG. (24, S. 136 ff.) ausgeführt hat: Es ist zunächst zu prüfen, ob ein in der Pension des Auszuschließenden liegender Grund zur Auflösung nach Art. 125 vorliegt. Ist diese Frage bejaht (hiefür die Ausführungen im § 1 zu Art. 125), so muß nicht etwa, sondern es „kann" die Ausschließung geeignetenfalls erfolgen (ROHG. 18, S. 396). Eventuell ist, wie das RG. a. a. O. weiter ausführt, zu erörtern, ob für die Anwendung des Art. 128 ein besonderer Grund vorliegt. In dieser Hinsicht schreibt das Gesetz nicht vor, daß ein Verschulden vorliegen muß, sondern nur, daß in der Person des Auszuschließenden ein Grund vorliegen müsse (Behrend, § 80, Anm. 5). Aber bei der Schwere der Maßregel und dem fast pönalen Charakter derselben wird im allgemeinen ein unverschuldeter Grund zur Ausschließung nicht wichtig genug sein. Auch Verfehlungen der anderen Sozien werden zur Beleuchtung der Handlungsweise des Auszuschließenden und zur Würdigung der Schwere der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Betracht zu ziehen sein. Andrerseits darf man den Antragstellern nicht etwa grundsätzlich den Beweis alleiniger Verschuldung des Auszuschließenden auferlegen. Auch muß nicht gerade eine Schädigung der Gesellschaft erfolgt, vielmehr kann dieselbe durch Dazwischentreten von Umständen abgewendet sein oder überhaupt kein Schade in Frage kommen und doch ein Ausschließungsgrund gegeben sein (vergl. hier überall RG. a. a. O.). § 3.

γ) **Der Gesellschaftsvertrag kann auch absolute Ausschließungsgründe fixieren** (RG. 24, S. 140) oder sonst anordnen, was in Bezug auf die Wichtigkeit von Gründen inter partes als Rechtens gelten soll, bis an die Grenze, welche die Verbotsgesetze und die guten Sitten ziehen. § 4.

Digitized by Google

§ 5. δ) **Beispiele von wichtigen Ausschließungsgründen aus der Praxis:** Als wichtiger Ausschließungsgrund wurde angesehen die vertragswidrige Unterlassung der Aufstellung von Inventar und Bilanz durch den tatsächlich allein gerierenden Sozius, sowie der Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgingen (ROHG. 20, S. 244). Dagegen wurde vom RG. (Bolze 9, Nr. 465 und 466) nicht für wichtig angesehen, daß der Sozius vertragswidrig Geschäfte über 3000 Mark abgeschlossen hatte; daß er 5000 Mark aus der Gesellschaftskasse entnommen, obwohl er nur 3000 Mark zu entnehmen hatte; daß er mehr Pferde auf Kosten der Gesellschaft gehalten, als er hätte halten dürfen, daß er endlich sich weigerte, einen Eid für die Gesellschaft zu leisten, das letztere sei reine Gewissenssache. In letzterer Hinsicht ist dem RG. zuzustimmen, die übrigen Gründe aber erscheinen als so grobe Pflichtverletzungen und Gefährdungen des Gesellschaftsbestandes, daß der Antrag auf Ausschließung doch wohl gerechtfertigt hätte erscheinen sollen. Für nicht genügend wurde ferner erachtet unordentliche Führung der Bücher, weil die übrigen Gesellschafter die Überwachungspflicht haben (ROHG. 18, S. 393).

§ 6. 2. **Die Ausschließung erfolgt durch richterliches Urteil.** Sie kann **nicht erfolgen durch Majoritätsbeschluß** der übrigen Sozien, auch wenn der Gesellschaftsvertrag für die Regelung von Gesellschaftsangelegenheiten Majoritätsbeschlüsse für genügend erachtet. Auch ein Beschluß aller anderen Sozien genügt nicht, selbst dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag dies mit Ausschluß des Rechtsweges gestatten sollte (ROHG. 21, S. 84; RG. bei SeuffA. 53, Nr. 27; vergl. § 5 zu Art. 103). Das rechtskräftige Urteil ist es, welches die Ausschließung bewirkt. Das Urteil hat **demnach konstitutive, nicht deklarative Bedeutung,**[1]) wie das auch bezüglich des Urteiles auf Auflösung gilt (vergl. § 3 zu Art. 125; übereinstimmend Plathner bei Gruchot 37, S. 82; Canstein I., S. 569; dagegen auch hier Hahn, § 4, und im Anschlusse an ihn Pollitzer, S. 195). Nicht entgegen steht hier Art. 130, nach welchem für die Vermögensauseinandersetzung die Vermögenslage zur Zeit der Klagezustellung zu Grunde zu legen ist. Letzteres folgt daraus, daß aus der Verzögerung der richterlichen Entscheidung der Ausgeschlossene kein Recht herleiten darf. **Bis zum rechtskräftigen Urteil ist der Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung befugt.** Ein entgegengesetzter Antrag ist bei der Beratung abgelehnt worden (P. 238, 242).

Doch kann durch **einstweilige Verfügung**, auf welche bei der Beratung ausdrücklich hingewiesen wurde, der einstweilige Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung — welche von beiden Maßregeln beantragt und angeordnet ist, ist wohl zu unterscheiden — erfolgen. Solche einstweilige Verfügungen gründen sich jetzt auf § 381, Z. 2 EO. (vergl. hierüber § 3 zu Art. 115). Ob und auf welchem Wege sie zur Eintragung führen, darüber vergl. § 4 zu Art. 115.

§ 7. 3. **Die Wirkung der Ausschließung** ist, daß die Gesellschaft in Gemäßheit des Art. 127 **fortbestehen bleibt.** Vermieden wird dadurch die Liquidation. Die Gesellschaftsrechte und Gesellschaftsverbindlichkeiten, das Gesellschafts-

[1]) Nach bürgerlichem Rechte hat ein Urteil, mit welchem über die bestrittene Rechtmäßigkeit einer nach § 1210 ABGB. erfolgten Ausschließung eines Gesellschafters entschieden wird, deklarative Bedeutung (vergl. § 1213 ABGB.).

Digitized by Google

geschäft mit allen Aktiven und Passiven gehen auf die fortgesetzte Gesellschaft über, auch der Gesellschaftsvertrag bleibt mutatis mutandis bestehen und endlich geht auch die Firma auf die fortgesetzte Gesellschaft über, soweit nicht nach Art. 24 noch außerdem die Zustimmung des ausscheidenden Sozius hier erforderlich ist. Für die Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden sind die Art. 130 und 131 maßgebend. Nicht notwendig hat die Ausschließung **die Verpflichtung zum Schadenersatze** zur Folge, vielmehr entscheidet hierüber das bürgerliche Recht (ROHG. 17, S. 367). Doch wird eine Verpflichtung zum Schadenersatze meist vorliegen, weil ein wichtiger Grund zur Ausschließung nur bei schweren Verschuldungen angenommen wird.

Artikel 129.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht infolge der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft geschieht, in das Handelsregister eingetragen werden.

Diese Eintragung muß selbst dann geschehen, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen war, beendigt wird.

Gleich der Auflösung der Gesellschaft muß auch das Ausscheiden oder die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden.

Das Handelsgericht hat die Beteiligten zur Anmeldung dieser Tatsachen von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Dritten Personen kann die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung eines Gesellschafters aus derselben nur insoferne entgegengesetzt werden, als hinsichtlich einer solchen Tatsache die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 25 hinsichtlich des Erlöschens der Firma oder der Änderung ihrer Inhaber die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel enthält in Bezug auf die Gesellschaftsauflösung die Parallele zu Art. 25 und 26 Abs. 1, welche sich mit dem Erlöschen der Firma beschäftigen. Er schreibt die Pflicht zur Anmeldung der eingetretenen Auflösung vor (Abs. 1—4) und regelt ferner die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Tatsache der Auflösung oder des Ausscheidens dem Dritten entgegengesetzt werden kann (Abs. 5).

§ 1.

1. (Abs. 1—4.) **Es wird angeordnet, daß die Auflösung der Gesellschaft und das freiwillige oder unfreiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters in das Handelsregister einzutragen sei.**

a) Der rechtliche Charakter der hier angeordneten Eintragungspflicht ist zunächst ein rechtspolizeilicher. Es hat aber auch jeder Gesellschafter gegen seine Sozien ein Zivilrecht auf Bewirkung dieser Eintragung, insbesondere im Hinblicke auf Abs. 5 und Art. 146. Vergl. unten §§ 2 und 7. Dieses Zivilrecht kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft nicht eingetragen war (vergl. § 2), und der Beklagte kann, da die Pflicht im öffentlichen Rechte wurzelt und da es sich nicht um synallagmatische Verpflichtungen handelt, in keinem Falle einwenden, daß der andere Teil seine Leistungspflichten ihm gegenüber noch nicht erfüllt habe (ROHG. 2, S. 172). Im Wege der einstweiligen

Digitized by Google

Verfügung kann die Eintragung nicht bewirkt werden (anders v. Hahn und Behrend, § 39, Anm. 39). Denn der Prozeßrichter kann in das dem öffentlichen Interesse dienende Handelsregister nicht unmittelbar eingreifen, er kann nur materielle Rechtsverhältnisse unter den Parteien regeln (vergl. § 1 zu Art. 12). Darum handelt es sich hier aber nicht, weil ja die Auflösung als eingetreten vorausgesetzt ist. Was der Prozeßrichter aber wohl durch einstweilige Verfügung anordnen könnte, wäre ein an den Anmeldungspflichtigen unter einem Zwangspräjudiz ergehendes Gebot, die Anmeldung zu bewirken (vergl. § 4 zu Art. 12).

§ 2. b) Gegenstand der Anmeldung ist die Tatsache der eingetretenen Auflösung. Inkorrekt ist der Vermerk, daß aus einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft die eine ausgeschieden sei (AdlCl. 1802). Doch ist der Vermerk nicht wirkungslos, weil ersichtlich ist, was gemeint ist, nämlich die Auflösung der Gesellschaft und die Übernahme des Geschäftes nebst Firma durch einen der Sozien (ROHG. 21, S. 193, gebilligt von Blaschke-Pitreich, S. 147; dagegen AdlCl. 1802).

Daß mit der Anmeldung der Auflösung gleichzeitig die Namen der Liquidatoren angegeben werden, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben (dagegen AdlCl. 1901). Die Unterlassung dieser Angabe hat nur die Folge, daß gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden kann, daß nicht alle Gesellschafter zu Liquidatoren berufen sind.

In der Praxis ist es im allgemeinen üblich, mit der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft gleichzeitig den Wortlaut der Liquidationsfirma (vergl. Art. 139) einzutragen. Diese auch von der Verordnung vom 10. Dezember 1901, JMBl. Nr. 40, gebilligte Praxis kann nicht als zulässig bezeichnet werden, da durch den Zusatz „in Liquidation" keine Veränderung der Firma bewirkt wird (vergl. § 1 zu Art. 139). Daher liegt der Fall des Art. 25 HGB. nicht vor.

Daß auch der Grund der Auflösung eingetragen werde, ist nicht vorgeschrieben, also nicht zulässig (vergl. § 2 zu Art. 12; anders Behrend, § 78, Anm. 18).

Die Auflösung aber ist in jedem Falle einzutragen, auch wenn die Errichtung nicht eingetragen war (ROHG. 22, S. 201; 23, S. 227), auch wenn sie ferner, wie Abs. 2 hervorhebt, durch Zeitablauf eintritt, sollte auch, was übrigens unzulässig wäre, der in Aussicht genommene Endtermin im Handelsregister vermerkt sein.

Eine Ausnahme macht nur die Auflösung durch Konkurs. Die Eintragung dieser ist vom HGB. nicht vorgeschrieben. Jedoch schreibt § 204 KO. vor, daß die Eröffnung des Konkurses über eine Handelsgesellschaft oder das Vermögen eines Gesellschafters von Amts wegen im Handelsregister anzumerken ist. Ob dieser Anmerkung die gleichen Wirkungen zukommen, wie der im HGB. vorgesehenen Eintragung der Auflösung der Gesellschaft, darüber vergl. § 5 zu Art. 146.

§ 3. c) Anmeldungspflichtig sind alle Beteiligten (Abs. 4). Dazu gehören die sämtlichen bisherigen Gesellschafter, im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters auch dieser, im Falle der Auflösung durch den Tod auch die Erben des verstorbenen Gesellschafters (ROHG. 21, S. 373). Doch ist das nicht so zu verstehen, daß der Registerrichter notwendigerweise alle die genannten Interessenten zur Anmeldung anhalten müsse und sonst die Auflösung nicht eintragen dürfe. Davon sagt das Gesetz hier bei der

Digitized by Google

Auflösung nichts. Es ist daher seinem freien Ermessen anheimgestellt, wessen Anmeldung ihm genügt (Hahn, § 5; anders Behrend, § 39, Anm. 39; a. M. Randa II., S. 220, Nr. 175. Vorausgesetzt ist hiebei natürlich, daß die Tatsache der Auflösung feststeht. Wird derselben von einem Gesellschafter widersprochen, so steht der Eintragung der Auflösung die Bestimmung des § 2, Z. 7 kaisP. vom Jahre 1854 entgegen (AdlCl. 1254, 1760). Die Mitwirkung aller Gesellschafter, beziehungsweise der Erben des Verstorbenen bei der Anmeldung der Auflösung ist dann notwendig, wenn in der gemeinsamen Anmeldung erst die Vereinbarung der Auflösung oder Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern zum Ausdruck gebracht werden soll.[1]) Dies ist auch der allerdings nicht immer klar zum Ausdruck gebrachte Gedanke der einschlägigen Judikatur (vergl. AdlCl. 1254, 1760, 1877, 1975, 2256; 9. April 1907, JBl. 1907, Nr. 38. Vergl. auch § 5 zu Art. 12; vergl. B. Mayer, S. 496.

d) Wo die Anmeldung zu bewirken ist, sagt das Gesetz nicht. Aus der Natur der Sache folgt, daß sie bei jedem Gerichte, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung hat, erfolgen muß. § 4.

2. (Abs. 5.) **Es wird bestimmt, mit dem Eintritt welcher Tatsachen die Auflösung gegen Dritte wirkt.** Ihrem materiellen Inhalte nach steht die Vorschrift derjenigen des Art. 25, Abs. 2 und 3 gleich, auf welche ja der vorliegende Artikel Bezug nimmt. § 5.

Demgemäß wird die Materie auch von uns in analoger Weise behandelt, wie die korrespondierenden Bestimmungen des Art. 25, Abs. 2 und 3.

a) **Die nicht erfolgte Eintragung und Publikation der Auflösung** hat auf das Rechtsverhältnis selbst keinen Einfluß. Die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Die Auflösung wirkt aber nicht gegen Dritte, außer wenn diese sie gekannt haben. § 6.

α) Die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Das gilt insbesondere für das innere Verhältnis unter den Sozien.

β) Aber im Verhältnis zu Dritten gilt das registrierte oder sonst kundgewordene Gesellschaftsverhältnis als fortbestehend. Es haften daher z. B. die Erben des verstorbenen Gesellschafters für die nach dem Tode ihres Erblassers kontrahierten Gesellschaftsschulden gegenüber demjenigen Gläubiger, der den Tod und also die dadurch erfolgte Auflösung der Gesellschaft nicht gekannt hat. § 7.

Auch auf nicht eingetragene Gesellschaften finden die Vorschriften Anwendung.[2]) Auch nicht registrierte Handelsgesellschaften müssen sich nachträglich anmelden und alsdann löschen lassen (siehe oben § 2), widrigenfalls die Handelsgesellschaft als fortbestehend gilt und die früheren Inhaber derselben trotz ihres Ausscheidens für die unter der Gesellschaftsfirma nachträglich kontrahierten Schulden fortgesetzt haften — und zwar ex contractu — (vergl. § 2 zu Art. 25; Bolze 17, Nr. 516; Kammergericht bei Perl und Wreschner 1891, S. 94; vergl. auch § 1 zu Art. 4).

γ) Das ändert sich erst, wenn der Dritte die Auflösung kannte. Es genügt nicht, daß er sie hat kennen müssen. Das Kennen aber § 8.

[1]) In § 143 DHGB. ist die ganze Frage geregelt.

[2]) Auf Gesellschaften, die von ihrem gesellschaftlichen Unternehmen nicht die in § 7 EinfG. zum HGB. normierte Steuer entrichten und deshalb keine offenen Handelsgesellschaften sind, finden die Vorschriften analoge Anwendung.

Digitized by Google

braucht sich nur auf diejenigen Tatsachen zu beziehen, welche den Auflösungsgrund bilden; z. B. den Tod des Gesellschafters, es sei denn, daß der Dritte Veranlassung hatte, anzunehmen, es werde trotz des Eintrittes des Auflösungsgrundes die Gesellschaft fortgesetzt (ROHG. 19, S. 17; 21, S. 374.

Wann Kenntnis anzunehmen ist, ist Tatfrage. Man kann nicht sagen, wie dies von Behrend, § 78, Anm. 21 geschieht, daß die von einem Gesellschafter allein ausgehende Kenntnis in der Regel hiezu nicht ausreichend sei.

Die Kenntnis des Gläubigers von der eingetretenen Auflösung befreit die ausscheidenden Gesellschafter von der Haftung für fernere Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Beispiele: Ein Gläubiger, der einer offenen Handelsgesellschaft einen laufenden Kredit gewährt hat, sei es auch auf Grund eines allgemeinen Kreditversprechens, kann die ausgeschiedenen Gesellschafter für die nach ihrem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden von der Gesellschaft eingegangenen, jenem allgemeinen Kreditverhältnisse unterworfenen Verbindlichkeiten nicht haftbar machen (RG. 4, S. 82). Beläßt der Deponent von Wertpapieren nach dem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters den übrigen das Depot, so kann er sich wegen einer späteren Veruntreuung an den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht halten. Es liegt in solchem Verhalten das Einverständnis damit, daß die neue Gesellschaft fortan allein als Verwahrerin der Papiere zu betrachten sei (ROHG. 19, S. 18).

Die erlangte Kenntnis von der eingetretenen Auflösung steht aber in Bezug auf die Frage der Verjährung der bereits bestehenden Verpflichtungen nach Art. 146 der Eintragung nicht gleich.

§ 9. b) **Die erfolgte Eintragung und Publikation der Auflösung** wirkt gegen jeden Dritten, sofern er nicht nachweist, daß er die Tatsache weder gekannt hat noch habe kennen müssen (vergl. § 3 zu Art. 25), ein Präjudiz, welches auf den Konkursfall nicht platzgreift. Die Konkurseröffnung hat ihre selbständige, in anderen Gesetzen geregelte Wirkung. Die Wirkung gegen Dritte, welche das Gesetz hier im Auge hat, ist, wie schon oben § 8 erwähnt, der Ausschluß der Haftung für neue Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Daß in der Verjährungsfrage die Eintragung allein entscheidend ist, darüber vergl. Art. 146.

§ 10. **Zusatz. Verschieden von der Eintragung der Auflösung** ist die Frage nach der **Löschung der Firma**. Die Auflösung der Gesellschaft und das Erlöschen der Firma sind wesentlich verschiedene Dinge. Trotz der Auflösung der Gesellschaft kann das Geschäft und damit die Firma zunächst fortbestehen (vergl. § 1 zu Art. 123). Das so fortbestehende Geschäft kann von denselben Gesellschaftern wieder aufgenommen, das Geschäft von ihnen fortgesetzt werden (vergl. § 1, Abs. 2 zu Art. 123). Alsdann kommt es zu einer Firmenlöschung nicht. (Ebenso Frankl, S. 39.) Auch die Praxis steht durchgehends auf unserem Standpunkte und unterscheidet zwischen Eintragung der Auflösung der Gesellschaft und der Löschung der Gesellschaftsfirma (vergl. AdlCl. 1181 erste Instanz; AdlCl. 2142). Die Verordnung vom 10. Dezember 1901, JMBl. Nr. 40, hält in P. 8 des III. Abschnittes an dieser Unterscheidung fest. Es kann aber auch das Geschäft im Stadium der Liquidation auf einen von den Sozien durch Übereinkunft übergehen oder

Digitized by Google

auch auf einen Dritten übertragen werden (vergl. § 17 zu Art. 137). Auch in diesen Fällen erfolgt keine Löschung der Firma, sondern die Eintragung der Veränderung der Inhaberschaft. Zur Löschung reif ist die Firma nur dann, wenn die Auseinandersetzung bezüglich des Gesellschaftsvermögens beendet ist. (OGH. 9. April 1907, JBl. 1907, Nr. 38, vergl. § 1 zu Art. 144 und Erläuterung zu Art. 139.) Alsdann aber ist die Firma auch von den Beteiligten zur Löschung anzumelden, obwohl dies für offene Handelsgesellschaften nicht besonders vorgeschrieben ist. Die allgemeine Vorschrift des Art. 25, Abs. 1 bezieht sich eben auf sie (vergl. B. Mayer, S. 495; ferner RG. 29, S. 69; auch AdlCl. 377 und 1437). Als Beteiligte sind sowohl bei der freiwilligen als bei der erzwungenen Löschung die Gesellschafter anzusehen, nicht die Liquidatoren (AdlCl. 1890; dagegen AdlCl. 2142, B. Mayer a. a. O.).

Artikel 130.

Wenn ein Gesellschafter ausscheidet oder ausgeschlossen wird, so erfolgt die Auseinandersetzung der Gesellschaft mit demselben auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens oder zur Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschließung befindet.

An den späteren Geschäften, Rechten und Verbindlichkeiten nimmt der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene nur insoferne Anteil, als dieselben eine unmittelbare Folge dessen sind, was vor jenem Zeitpunkte bereits geschehen war.

Der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene muß sich die Beendigung der laufenden Geschäfte in der Weise gefallen lassen, wie sie nach dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter am vorteilhaftesten ist.

Jedoch ist er, wenn eine frühere vollständige Auseinandersetzung nicht möglich ist, berechtigt, am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Rechnungsablage über die inzwischen erledigten Geschäfte, sowie die Auszahlung der ihm hienach gebührenden Beträge zu fordern; auch kann er am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres den Nachweis über den Stand der noch laufenden Geschäfte fordern.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel enthält die Grundsätze, nach welchen die Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem ausscheidenden oder ausgeschlossenen Gesellschafter erfolgt.[1]) Seine Ergänzung findet er in dem folgenden Artikel. Der Grundgedanke dieser beiden Artikel ist der, daß nicht, wie bei der Auflösung, die Liquidation, sondern die davon wesentlich verschiedene Auseinandersetzung und Abfindung, sogenannte Auskehrung stattfindet (ROHG. 10, S. 61; 8, S. 178). Es ist dies ein Aufgeben der Gesellschaftsrechte zu Gunsten der anderen Gesellschafter einerseits (RG. 7, S. 94; 25, S. 256) und definitive Feststellung des Anteiles an den Geschäftsergebnissen sowie Berichtigung der so festgestellten Summe durch die von den anderen Sozien festgesetzte, hinsichtlich des Ausscheidenden neue Gesellschaft andrerseits.

[1]) Der Artikel bezieht sich nur auf den Fall, daß mehr als ein Sozius übrig bleibt, daß also noch eine Gesellschaft verbleibt. (Vergl. die Einleitung zu Art. 128.) Doch ist es wichtig zu betonen, daß die Vorschriften der Art. 130 und 131 analoge Anwendung finden, wenn ein Sozius das Geschäft übernimmt (hierüber siehe § 3 zu Art. 127).

Digitized by Google

Diese Materie wird in den beiden Art. 130 und 131 derart abgehandelt, daß ersterer die Grundlage der Auseinandersetzung, der letztere dagegen feststellt, in welchen Werten der Ausscheidende das auf jenen Grundlagen ermittelte Gesellschaftsguthaben zu beanspruchen hat.

Die Grundlagen der Auseinandersetzung aber, welche den Inhalt des vorstehenden Artikels bilden, werden in vier Absätzen behandelt:

1. Berechnung des Anteiles an den Geschäftsergebnissen auf Grund der zeitigen Vermögenslage (Abs. 1).
2. Rechtliche Beteiligung an den Abwicklungsgeschäften, Nichtbeteiligung an sonstigen Geschäften (Abs. 2).
3. Erledigung der Abwicklungsgeschäfte durch die verbleibenden Gesellschafter (Abs. 3).
4. Anspruch auf alljährliche Rechnungslegung und Auszahlung der hiedurch zu Gunsten des Ausscheidenden sich ergebenden Beträge (Abs. 4).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Berechnung des Anteiles an den Geschäftsergebnissen auf Grund der zeitigen Vermögenslage.**

a) **Die Grundlage der Berechnung** ist die Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens oder der Klage auf Ausschließung. Die Feststellung dieser Vermögenslage erfolgt in derselben Weise wie die alljährliche Bilanz zum Zwecke der Gewinnverteilung. Dabei ist wohl zu beachten, daß die bestehende Gesellschaft von anderen Gesichtspunkten und Interessen bei der Aufstellung der Bilanz geleitet wird, als sie bei der Auseinandersetzung obwalten. Bei bestehender Gesellschaft werden die Vermögensgegenstände oft unter ihrem wahren Werte angegeben, damit der bilanzmäßige Gewinn sich kleiner darstelle und nicht zu viel Gewinn verteilt werde, sondern möglichst viel dem Geschäfte verbleibe und so das Geschäft lebensfähig erhalten werde. (Vergl. RG. vom 5. Dezember 1890 im Sächs. Archiv für B. R. und Proz. 1, S. 499.) Gerade große und solide Geschäfte setzen einen Stolz darein, daß ihr ganzes Inventar mit einer Mark zu Buche steht, und Gesellschaftsverträge bestimmen oft von vornherein, daß alljährlich bestimmte Prozente abgeschrieben werden (vergl. Einleitung zu Art. 31). Solche Motive fallen bei der Auseinandersetzung weg. Hier soll der Ausscheidende an dem wahren Werte partizipieren. Deshalb kommen solche willkürliche Wertansätze, die von der wahren Sachlage abweichen, hier nicht zur Geltung (vergl. Bolze 3, Nr. 778). Es müßte denn sein, daß die Abrede ausdrücklich auch hierauf gerichtet war (vergl. auch unten § 5 a. E.). Die Gesellschafter sind überhaupt berechtigt, nach Belieben Abweichungen von Art. 130 zu vereinbaren, der nur dispositiven Charakter hat (AdlCl. 191). Über die Berücksichtigung des Unternehmens als solchem vergl. § 1 a zu Art. 31.

b) **Das Ergebnis der Berechnung** ist sowohl seiner allgemeinen Natur nach, als im besonderen in Betracht zu ziehen, je nachdem sie einen Aktiv- oder einen Passivsaldo ergibt.

§ 2. a) Die allgemeine Natur dieses Ergebnisses. Das Ergebnis stellt die Summe dar, welche der Ausscheidende von der Gesellschaft oder die Gesellschaft von ihm als seinen Anteil an den Gesamtresultaten der Gesellschaft bis zu dem für die Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunkte zu fordern hat. Die Ziffer dieses Facits bildet hienach die Grenze der gegenseitigen Ansprüche. Insbesondere kann, da ja dem Ausscheidenden die Schulden der Gesellschaft mitangerechnet

Digitized by Google

werden, die Gesellschaft nicht noch außerdem verlangen, daß er die Gesellschaftsschulden bezahle. Kommt er daher auf Grund seiner fortbestehenden Solidarhaft dennoch in die Lage, so kann er gegen die Gesellschaft Regreß nehmen und auch gegen die einzelnen Gesellschafter, die ihm hiefür solidarisch haftbar sind; denn er steht ihnen ja jetzt nicht mehr als Gesellschafter gegenüber (RG. 11, S. 130). Diese Regreßfrage erfährt auch dadurch keine Änderung, daß der Ausscheidende in Gemeinschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern ein constitutum debiti den Gläubigern gegenüber eingegangen ist (RG. ebenda). Einen besonderen Anspruch auf Befreiung gibt ihm das HGB. nicht. Mit Unrecht will Puchelt, Anm. 10, die Regeln von der Bürgschaft hier anwenden.

Im besonderen kann nun das Ergebnis der Berechnung einen Aktiv- oder einen Passivsaldo für den ausscheidenden Gesellschafter darstellen.

β) Der Aktivsaldo hat jetzt, da die Auseinandersetzung erfolgt, die Gesellschaft ihr Ende erreicht hat, eine reale Bedeutung (über den Aktivsaldo bei bestehender Gesellschaft, der nur eine Rechnungsziffer darstellt, vergl. § 5 zu Art. 106). Er ist ein reines Forderungsrecht auf Auszahlung der festgestellten Summen, das ihn z. B. auch zur Teilnahme am Konkurse der fortgesetzten Gesellschaft als gewöhnlicher Gläubiger berechtigt (ROHG. 10, S. 57), er ist ein Passivum der fortgesetzten Gesellschaft, für welches sowohl der Fonds derselben, als auch für die einzelnen Mitglieder nach Art. 112 solidarisch haften, und zwar mit der Verjährungsfrist des Art. 146 (RG. 7, S. 94). Der Grund einer solchen Klage aber ist die actio pro socio. Gegenüber dem Reichsgerichte (7, S. 95), welches diesen Charakter des Klagegrundes leugnet, fragt Behrend, § 80, Anm. 21, mit Recht, was es denn sonst für eine Klage sein solle? Ihre Eigentümlichkeiten erklären sich zur Genüge daraus, daß sie finita societate angestellt wird. Jenes Forderungsrecht ist freilich insoweit bedingt, als noch schwebende Geschäfte zu erledigen sind — Abs. 2. Über Kaution vergl. § 6 zu Art. 131. § 3.

γ) Ein Passivsaldo des ausscheidenden Gesellschafters ist nunmehr eine reine Geldschuld des Ausscheidenden, während er durante societate als solche nicht zu betrachten war (vergl. § 5 zu Art. 106). Die Schuld ist nur insoweit bedingt, als noch laufende Geschäfte abzuwickeln sind und Gewinn aus ihnen zu erwarten ist. Über Kaution vergl. § 6. § 4.

c) **Die Feststellung des Ergebnisses ist Sache aller Sozien.** Das HGB. sagt darüber nichts. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber müssen alle bisherigen Gesellschafter, einschließlich des ausscheidenden, an den erforderlichen Arbeiten mitwirken, wenn nicht aus dem bisherigen Vertragsverhältnisse etwas anderes hervorgeht — Art. 102 — (RG. 15, S. 80). Die Zuziehung eines Sachverständigen kann dem ausscheidenden Gesellschafter dabei regelmäßig nicht verwehrt werden (RG. 25, S. 88). Läßt sich eine Verständigung über die gemeinschaftliche Erledigung dieser Arbeiten nicht erzielen, so muß die Aufgabe auf Kosten der Gesellschaft durch einen Sachverständigen vollzogen werden, dessen Ernennung eventuell nach Analogie des Art. 133, Abs. 2, durch das Gericht erfolgen muß (RG. 15, S. 80), und zwar im ordentlichen Prozeßwege (RG. 13, S. 155). Erben haben einen gemeinschaftlichen Vertreter ihrer Rechte zu bestellen § 5.

Digitized by Google

nach Analogie des Art. 133, Abs. 1. Daß die Schätzung durch bestimmte Sachverständige erfolgen soll, kann gültig auch schon im Vertrage vereinbart sein (ROHG. 16, S. 427). Auch Gesellschafter können dies sein (ROHG. ebendaselbst). Die Berechnung des Guthabens kann, auch wenn sie gemeinschaftlich erfolgte, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefochten werden, indem z. B. dargetan wird, daß die Passiva, welche dem Ausscheidenden angerechnet wurden, in Wahrheit nicht vorhanden oder umgekehrt in größerer Zahl vorhanden waren, oder daß in Ansatz gebrachte Forderungen sich nachträglich als minderwertig, uneinziehbar erwiesen haben oder umgekehrt einziehbar, während bei der Auseinandersetzung das Gegenteil angenommen wurde. Solche Anfechtungen sind aber ausgeschlossen, wenn das Auseinandersetzungsguthaben, beziehungsweise der Auseinandersetzungspassivsaldo nicht das Ergebnis der festgestellten Einzelposten, sondern eine vereinbarte Pauschalsumme darstellt. In diesem Falle liegt ein Vergleich vor und die Anfechtung kann nur so erfolgen, wie die Anfechtung eines Vergleiches (§ 1385 bis 1389 ABGB.). Keinesfalls steht dem ausgeschiedenen Gesellschafter das Recht zu, wegen angeblich unrichtiger Bewertungen in der Bilanz eidliche Bekräftigung (Art. XLII EinfG. zur ZPO.) des in der Bilanz engegebenen Gesellschaftsvermögens zu verlangen (AblCl. 2365).

§ 6. 2. (Abs. 2.) **Rechtliche Beteiligung an den Abwicklungsgeschäften, Ausschluß von der Beteiligung an den sonstigen Geschäften.**

a) Durch diese Bestimmung der Teilnahme an den Abwicklungsgeschäften soll keinerlei Sozietät begründet werden oder als fortgesetzt gelten (Behrend, § 80, Anm. 22). Die Vorschrift hat nichts weiter zu bedeuten, als daß dem ausscheidenden Gesellschafter bei der definitiven Berechnung und Auszahlung seines Guthabens das Ergebnis der Abwicklungsgeschäfte anteilsweise gutgerechnet oder zu Lasten geschrieben wird. Aber er hat aufgehört Sozius zu sein und hat daher auch bei den Geschäften, an denen er interessiert bleibt, nicht die Stellung eines Gesellschaftsmitgliedes: weder hat er die Rechte in Betreff der Geschäftsführung noch das Kontrollrecht des Art. 105 (Goldschmidt in GZ. 29, S. 377), andrerseits hat er auch keine Pflicht zur Mittätigkeit und ist auch nicht mehr dem Konkurrenzverbote unterworfen. Daß er für schwebende Verbindlichkeiten Sicherheit zu leisten habe, ist eine willkürliche Annahme von Gareis-Fuchsberger, S. 264, Note 201; aus dem HGB. ist dies nicht zu entnehmen.

§ 7. b) Die Vorschrift betrifft nur das Verhältnis nach innen. Nach außen haftet er für die späteren Verbindlichkeiten nicht, wenn nur die Voraussetzungen des Art. 129, Abs. 5 vorliegen. Auch die notwendigen Abwicklungsgeschäfte, welche in dem Absatz vorgesehen sind, werden zwar mit für seine Rechnung, aber nicht in seinem Namen gemacht. Er haftet daher aus ihnen dem Dritten nicht (Behrend, § 80, Anm. 27; Hahn, § 4). Daraus folgt umgekehrt, daß er sich dem Dritten gegenüber auf diese Rechtsgeschäfte nicht ohneweiters berufen kann, so z. B. wenn die fortgesetzte Gesellschaft vergleichsweise einen Schuldnachlaß erwirkt hätte. Vielmehr entscheiden hierüber die Bestimmungen des ABGB. über Korrealobligationen. (Anders ROHG. 15, S. 204; Behrend, § 80, Anm. 27.) Behrend ist in dieser Hinsicht nicht konsequent. Puchelt (Anm. 7) nimmt in beiden Hinsichten (Haftung und Vorteil) das Gegenteil an. Das ist konsequent, jedoch nicht zutreffend.

Digitized by Google

c) Die Vorschrift betrifft diejenigen Geschäfte, welche die unmittelbare Folge dessen darstellen, was schon geschehen ist: es muß sich das, was nunmehr geschieht, als Abwicklung eines bereits schwebenden Geschäftes darstellen (P. 246), so z. B. wenn Differenzen über ein Geschäft durch Vergleich beigelegt werden (ROHG. 15, S. 204). § 8.

d) Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf die notwendigen Abwicklungsgeschäfte. Sonstige spätere Geschäfte gehen ihn nichts an, und es ist nicht richtig, wenn Gareis-Fuchsberger (S. 263, Note 197) behaupten: er nehme noch an den Geschäften teil, welche von einem geschäftsführenden Gesellschafter vor erlangter Kunde von dem Ausscheiden oder dem Ausschlusse für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen seien. Auf dieses Moment kommt es in keiner Weise an. § 9.

3. (Abs. 3.) **Erledigung der Abwicklungsgeschäfte durch die verbleibenden Gesellschafter.** Hinsichtlich der noch schwebenden Geschäfte wird der ausscheidende Gesellschafter durch die verbleibenden vertreten. Ihrer Geschäftsführung ist er unterworfen (RG. 15, S. 81), jedoch nur ihrem Ermessen, bei welchem sie sich nicht durch Willkür oder gar dolus, sondern durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes leiten lassen müssen, nicht, wie Puchelt, Anm. 8, annimmt, durch diligentia quam suis, da sich ja nicht mehr, wie im Art. 94, Gesellschaft und Gesellschafter gegenüberstehen. Daß sie sorgfältig und nicht willkürlich zu verfahren haben, folgt schon aus der im Abs. 4 erwähnten Rechnungslegungspflicht, desgleichen folgt hieraus ihre diesbezügliche Beweispflicht. Weiteres vergl. in §§ 7 bis 9. § 10.

4. (Abs. 4.) **Anspruch auf alljährliche Rechnungslegung und Auszahlung, falls eine frühere endgültige Auseinandersetzung nicht möglich ist.** § 11.

a) Sobald die endgültige Auseinandersetzung möglich ist, muß sie erfolgen, sonst kann geklagt werden (P. 244).

b) Ist die endgültige Auseinandersetzung nicht möglich, so kann der Ausgeschiedene wenigstens alljährlich Rechnungslegung über die erledigten und die laufenden Geschäfte fordern, mit welcher es um so strenger zu nehmen ist, als ihm die Kontrollbefugnisse des Art. 105 fehlen. Durch Vorlegung aller Bücher und Skripturen wird dieser Pflicht jedenfalls genügt, wenn sie ordnungsmäßig geführt sind (ROHG. 25, S. 344). Die ihm hier gegebenen Befugnisse sind überhaupt die Grenze seiner Kontrollrechte: insbesondere hat er keinen Anspruch auf Einsicht in die Geschäftsbücher, da er ja nicht mehr Gesellschafter ist (ROHG. ebendaselbst); nach der Entscheidung des Reichsgerichtes (15, S. 80) kann er nicht einmal Vorlegung der für die Zeit bis zum Ausscheiden aufgestellten Inventur und Bilanz verlangen. Doch geht diese Entscheidung zu weit. Daß jene Inventur und Bilanz die Grundlagen des neuen Geschäftsjahres sind, ist richtig; aber neben ihrer Bedeutung für die Zukunft enthalten sie die kaufmännischen Rechnungsbelege für die Vergangenheit. Und daß zur Aufstellung jener Inventur und Bilanz alle Sozien gleichmäßig, einschließlich des ausgeschiedenen Gesellschafters, verpflichtet sind, was ebenfalls richtig ist (vergl. oben § 5), ist gleichfalls nicht geeignet, die rigorose Entscheidung des Reichsgerichtes zu rechtfertigen. Denn aus dieser Erwägung folgt nur, daß der ausgeschiedene Sozius kein Recht hat, von den verbleibenden Gesellschaftern die Aufstellung von Inventur und Bilanz zu verlangen; aber wenn sie diese Tätigkeit, zu welcher ihnen auch der Ausgeschiedene verpflichtet war, allein ausgeübt haben, so haben sie damit ein gemeinsames Gut geschaffen.

Digitized by Google

Es kann auch sonst der Gesellschafter, der eine Tätigkeit, die allen obliegt, allein ausübt, das Produkt derselben den anderen nicht vorenthalten, weil diese hätten mitwirken sollen.

§ 12. c) Er kann die Auszahlung der nach Maßgabe der Rechnungsablage ihm zustehenden Beträge fordern. Doch wird man den Art. 141, Abs. 1, analog anwenden und die verbleibenden Gesellschafter für berechtigt erachten dürfen, die hienach fälligen Beträge soweit zurückzuhalten, als sie zur Abwicklung laufender Geschäfte erforderlich sind, insbesondere wenn noch ein Prozeß schwebt, für dessen Ausgang der Ausgeschiedene haftet.

Er hat aber andrerseits das zu zahlen, was er selbst an die Gesellschaftskasse schuldig ist, sei es, daß die Feststellung seines Kontos bei der Auseinandersetzung einen Passivsaldo ergab, oder daß er vor dem Ausscheiden unbefugt Beträge der Gesellschaftskasse entnommen hat. Für die letzteren haftet er als gewöhnlicher Schuldner. Er ist nicht berechtigt zu verlangen, daß diese von seinem Aktivsaldo abgezogen werden, muß sie vielmehr, wenn sein Gesellschaftsguthaben noch nicht fällig ist, unbekümmert um die Höhe desselben an die Gesellschaftskasse zahlen (ROHG. 24, S. 48). Diese ganze, die Passivseite der Sache, ist vom Gesetze nicht berücksichtigt.

§ 13. **Zusatz 1.** Hat der ausgeschiedene Gesellschafter seinen Anspruch zediert, so hat der Zessionar nur Rechte auf Zahlung, nicht auf Rechnungslegung, wohl aber hat der zedierende Gesellschafter den Anspruch auf Rechnungslegung trotz der Zession. Er ist ja seinem Zessionar gegenüber verpflichtet, die notwendigen Nachweise zu bringen, und daß er seine Geldansprüche einer anderen Person zediert, befreit seine früheren Sozien nicht von der Pflicht der Rechnungslegung an ihn. Rechnungslegung und Zahlung sind in dem vorliegenden Artikel als zwei selbständig nebeneinander stehende Verpflichtungen konstituiert.

§ 14. **Zusatz 2. Das Verhältnis der Ausscheidenden gegenüber den Gläubigern** ist hier nicht berührt. Hierüber Art. 146.

§ 15. **Zusatz 3. Häufig werden dem Ausscheidenden Konkurrenzverbote auferlegt.** Hierüber siehe zu Art. 59.

Artikel 131.

Ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter muß sich die Auslieferung seines Anteiles am Gesellschaftsvermögen in einer den Wert desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen; er hat kein Recht auf einen verhältnismäßigen Anteil an den einzelnen Forderungen, Waren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft.

Der Artikel bestimmt, in welchen Werten der austretende Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben zu verlangen hat.[1]) Die Vorschrift schließt sich an die Bestimmung des vorhergehenden Artikels an, die sie nur in einem Punkte ergänzt (vergl. die Einleitung zu Art. 130).

§ 1. 1. **Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift.** Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft erlischt sein gebundenes Miteigentumsrecht an den Gesellschaftsaktiven; an Stelle des erloschenen Rechtes tritt eine

[1]) Über den Fall, daß ein Sozius das Geschäft übernimmt, siehe Art. 130, Note 1.

Digitized by Google

Geldforderung. Beim Austritt eines Gesellschafters gibt nur der Austretende seine Gesellschaftsrechte auf, sie gehen auf die von den übrigen fortgesetzte Gesellschaft über. Der austretende Gesellschafter hat hienach keinen Anteil an den einzelnen Vermögensstücken zu beanspruchen, die Abfindung für die von ihm aufgegebenen Gesellschaftsrechte kann vielmehr nicht anders erfolgen, als daß der Wert seiner Beteiligung in Geld abgeschätzt und ihm der Betrag des Geldwertes ausgezahlt wird.

2. **Der Rechtscharakter des Auseinandersetzungsguthabens und seine Berechnung und Feststellung** ist schon in der Erklärung zum vorigen Artikel dargelegt (vergl. §§ 2 bis 5 zu Art. 130). § 2.

3. **Einzelne Modalitäten des Anspruches.** § 3.

a) **Die Zeit der Auszahlung** ist im Gesetze nicht bestimmt. Es entscheidet zunächst die Vereinbarung. Ist nichts vereinbart und auch aus dem Vertrage nicht ersichtlich, daß sofort gezahlt werden soll, so kommt der Schlußsatz des Art. 326 zur Anwendung (Canstein I., S. 575). Die Gesellschaft, die doch fortbestehen soll, kann durch die Auskehrung in ihrer Existenz nicht gefährdet werden. Deshalb hat das ROHG. in einem bestimmten Falle nach Lage der Sache zwei vom Gerichte bestimmte Fristen von je einem Jahre für angemessen erachtet (Puchelt, Anm. 5).

Ist Zahlung in Raten vereinbart, so hat das ROHG. angenommen, daß solche Vereinbarung nur zu Gunsten der fortbestehenden Gesellschaft gelten solle, also hinfällig wird, wenn die Gesellschaft liquidiert (10, S. 64). Wir können dieser Interpretationsregel nicht beitreten (vergl. auch die Entscheidungen des RG. 5, S. 7; 9, S. 14, nach welchen durch den Eintritt der Liquidation die Fälligkeit der Gesellschaftsschulden keine Änderung erleidet).

b) **Ob der ausgeschiedene Gesellschafter auch Auszahlung in Geld fordern darf**, ist infolge des Wortlautes des Gesetzes zweifelhaft geworden. Das Gesetz sagt nur, er müsse sich solche Auszahlung gefallen lassen. Keyßner (Anm. 1), Puchelt (Anm. 3) und Randa (II., S. 218) nehmen daher an, der Ausscheidende habe keinen unbedingten Anspruch auf Geld, müsse sich vielmehr auch die Überweisung von Naturalanteilen gefallen lassen, sofern dies einer ordnungsmäßigen Ausschichtung unter Kaufleuten entspreche. Behrend (§ 80, Anm. 20) und Canstein (I., S. 575) nehmen das Gegenteil an, weil das Gesetz eine verschiedene Rechtslage der verbleibenden und des ausscheidenden Gesellschafters nicht gewollt haben könne. Die letztere Ansicht hat schon deshalb den Vorzug, weil sie dem oben angeführten Rechtsgrunde der angeordneten Geldabfindung entspricht (vergl. oben § 1). § 4.

c) **Sachen, die er der Gesellschaft zum Gebrauche überlassen hat**, kann der Gesellschafter in natura zurückfordern (Behrend, § 80, Anm. 17; Canstein I., S. 575; anders Puchelt, Anm. 1). Puchelts Erwägung, daß die Pflicht zur Zurückgabe von Gegenständen, welche der Gesellschaft quoad usum überlassen sind, ihr Gedeihen oft ebenso gefährden kann wie die Pflicht zur Rückgabe anderer Gegenstände, ist nicht stichhältig. Entscheidend ist, daß jene Gegenstände nicht zum Anteil am Gesellschaftsvermögen im Sinne dieses Artikels gehören. Jene Erwägung kann nur dazu führen, in analoger Anwendung des Art. 326 die Pflicht zur Rückgabe von Gebrauchsgegenständen derart angemessen zu befristen, daß das Gedeihen der Gesellschaft nicht gefährdet wird. § 5.

Digitized by Google

§ 6. d) **Daß der ausscheidende Gesellschafter Kaution fordern könne für die Ausantwortung seines Guthabens**, ist vom Standpunkte des HGB. eine willkürliche Annahme von Gareis-Fuchsberger (S. 264, Note 201).

§ 7. **Zusatz.** Eine analoge Vorschrift über den sich bei der Auseinandersetzung etwa ergebenden Verlustanteil (Passivsaldo) enthält das Gesetz nicht. Doch gilt das Analoge (vergl. § 4 zu Art. 130).

Artikel 132.

Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem nach Art. 126 ihm zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines einstimmigen Beschlusses statt der Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung und die Auslieferung des Anteiles des Schuldners nach den Bestimmungen der vorhergehenden Artikel vornehmen; der letztere ist dann als aus der Gesellschaft ausgeschieden zu betrachten.

Einleitung. **Der Artikel schreibt die analoge Anwendbarkeit der vorangehenden Artikel auf den Fall der durch den Privatgläubiger eines Sozius betriebenen Auflösung der Gesellschaft vor.** Die in Bezug genommenen Artikel sind die Art. 130 und 131. Das hier gegebene Mittel zur Anwendung der Gesellschaftsauflösung ist wohl zu unterscheiden von dem im § 4 zu Art. 126 erörterten der Befriedigung des Gesellschaftergläubigers. Vorausgesetzt ist auch hier eine Gesellschaft von mehr als zwei Personen oder vielmehr das Verbleiben von mindestens zwei offenen Handelsgesellschaftern.

§ 1. 1. **Das Recht der übrigen Gesellschafter** ist ein von ihnen zu fassender Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft durch sie selbst. Der Beschluß kann gefaßt werden bis zum Eintritte der Auflösung, also bis zum Ablaufe des Geschäftsjahres, in welchem die rechtzeitige Kündigung seitens des Gläubigers erfolgt ist, und wird wirksam in diesem Zeitpunkte. In diesem Augenblicke ist das Ausscheiden des überschuldeten Sozius erfolgt.

§ 2. 2. **Das Recht des betreibenden Gläubigers** ist ein Anspruch auf das seinem Schuldner zustehende Auseinandersetzungsguthaben. Der zu exkludierende Gesellschafter braucht nicht befragt zu werden (Pollitzer, S. 196; Blaschke-Pitreich, S. 148). Dem betreibenden Gläubiger steht ein Anspruch auf Auskunfterteilung und Rechnungslegung zu (§ 5 zu Art. 126).

§ 3. 3. **Daneben hat auch der überschuldete Gesellschafter selbst das Recht auf Rechnungslegung**, da ihm ja der Überschuß zusteht und er bei der Verwendung seines Anspruches zur Befriedigung seines Gläubigers erheblich interessiert ist.

Fünfter Abschnitt.

Von der Liquidation der Gesellschaft.[1])

Artikel 133.

Nach Auflösung der Gesellschaft außer dem Falle des Konkurses derselben erfolgt die Liquidation, soferne diese nicht durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Ge-

[1]) Literatur: Franken, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft (1890); Nöldecke, Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft während der Liquidation (1887).

Digitized by Google

sellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch die sämtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter als Liquidatoren. Ist einer der Gesellschafter gestorben, so haben dessen Rechtsnachfolger einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen.

Auf den Antrag eines Gesellschafters kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter erfolgen. Der Richter kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen oder als solche beiordnen, welche nicht zu den Gesellschaftern gehören.

Vorbemerkung. Daß sich auf den Einzelkaufmann die Bestimmungen über die Liquidation nicht beziehen, brauchte eigentlich nicht besonders hervorgehoben zu werden (RG. 1, S. 265). Denn das Wesentliche der Liquidation liegt in der Abwicklung der gemeinsamen Rechtsbeziehungen und dieses Charakteristikum fällt beim Einzelkaufmanne fort. Die Geschäftswelt spricht dennoch von einem Liquidieren des Geschäftes auch bei Einzelfirmen. Auch § 192, Abs. 1 KO. bezieht diesen Ausdruck auf den Einzelkaufmann; hierunter kann jedoch nur die Abwicklung der aus dem Geschäftsbetriebe hervorgegangenen Rechtsbeziehungen verstanden werden (GlU. 7959; R. Pollak, Konkursrecht, S. 49, Note 3). Eine Eintragung dieses Zustandes, z. B. dann, wenn der Einzelkaufmann die Liquidation seines Geschäftes einem Gläubigerausschuß überläßt, ist nicht zulässig (HAG. Nürnberg in Busch, Archiv 24, S. 285).

Einleitung.

Das Gesetz ordnet in diesem Artikel an, daß nach der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation eintritt, und zwar regelmäßig durch die im Gesellschaftsvertrage genannten Personen, eventuell durch die Gesellschafter, geborene und erkorene Liquidatoren (Abs 1), unter Umständen durch richterlich ernannte Liquidatoren (Abs. 2).

Vorausgesetzt ist überall eine aufgelöste Gesellschaft. Auch die durch Übereinkunft aufgelöste fällt darunter. (Mit Unrecht ist dieser Grundsatz abgeschwächt im RGHG. 22, S. 201.) Nur der Fall des Konkurses macht eine Ausnahme. Dieser absorbiert bei der offenen Handelsgesellschaft jedes andere Liquidationsverfahren während seiner Dauer. Nach Beendigung desselben kann Liquidation eintreten (RGHG. 16, S. 289; Appell. Ger. Köln in Busch, Archiv 29, S. 294; Frankl, S. 75; Pollitzer, S. 179; Canstein I., S. 605; dagegen R. Pollak, Konkursrecht, S. 187). Ist dann noch ungeteiltes Vermögen vorhanden, so kann jeder Gesellschafter die Liquidation fordern (Bolze 1, Nr. 1177). Vorausgesetzt ist ferner die Existenz von Gesellschaftsvermögen zur Zeit der Auflösung; sonst ist für eine Liquidation kein Raum (Frankl, a. a. O.).

Die Erläuterung des Artikels erfolgt nach folgenden Gesichtspunkten: Es soll erst die Anordnung der Liquidation überhaupt, sodann die Berufung der Liquidatoren nach den einzelnen Berufungsarten erörtert werden.

1. **Die Anordnung der Liquidation überhaupt.** Hiebei ist der rechtliche Charakter der Vorschrift und das Wesen der Liquidation zu beleuchten. § 1.
   a) **Der rechtliche Charakter der Vorschrift** ist dahin zu präzisieren: die Liquidation ist die durch Dispositivgesetz angeordnete Folge der Auflösung (die Formulierung Franckens, Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, S. 142: die Liquidation sei die von den Gesellschaftern präsumtiv gewollte Folge der Auflösung, ist nicht korrekt, gegen ihn Pappenheim in GZ. 38, S. 592). Aus unserer Formulierung folgt: α) Die Liquidation ist die gesetzliche Folge der Auflösung. Sie

Digitized by Google

tritt ein, ohne daß die Parteien sie ausdrücklich gewollt haben; Liquidatoren sind, wenn keine anderen erkoren, die bisherigen Gesellschafter. Im Augenblicke der Auflösung ist die Liquidation eingetreten und darauf, daß auch wirklich liquidiert werde, hat jeder Sozius einen rechtlichen Anspruch (ROHG. 22, S. 204; OGH. 27. November 1906; ZBl. 1907, Nr. 20). Eine andere Art der Auseinandersetzung müßte ausdrücklich vereinbart sein (ROHG. 24, S. 146).

β) Die Liquidation ist aber nur die dispositiv angeordnete gesetzliche Folge. Sie ist nicht absolut vorgeschrieben, nicht die notwendige Folge der Gesellschaftsauflösung. Vielmehr haben es die Parteien in der Hand, die fortbestehende Gemeinschaft auch auf andere Weise zu beseitigen, sei es durch Naturalteilung oder durch Verkauf des Geschäftes und Teilung des Erlöses oder durch Überlassung des Vermögens an einen von ihnen (ROHG. 24, S. 144; Kammergericht bei Johow und Küntzel 5, S. 36; OHG. 9. April 1907; JBl. 1907, Nr. 38; AdlCl. 1727; Blaschke-Pitreich, S. 149; Pollitzer, S. 179; Canstein I., S. 588; teilweise a. M. Randa II., S. 238). Man kann nicht so formulieren, daß die Liquidation nur dann notwendig ist, wenn mit der Auflösung der Gesellschaft auch das gesellschaftliche Unternehmen erlischt (so allerdings AdlCl. 326, 983, 1294, 1822). Die Frage, ob irgend eine Art der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens notwendig ist, muß beantwortet werden wie folgt: Der Nachweis irgend einer Form der Auseinandersetzung, sei es auch im Wege der Erklärung sämtlicher Gesellschafter, daß sie das Gesellschaftsvermögen fortan als freies Miteigentum besitzen wollen, ist eine notwendige Voraussetzung der Firmalöschung (vergl. auch OGH. 9. April 1907; JBl. 1907, Nr. 38; OGH. 28. Februar 1907; ZBl. 1907, Nr. 378; vergl. OLG. Hamburg in SeuffA. 61, Nr. 88). Zur Herstellung dieser Voraussetzung kann der Registerrichter auch die Gesellschafter verhalten; denn es kann diesen nicht freigestellt sein, nach Erlöschen der produktiven Seite der Gesellschaft, nach Einstellung des Gewerbebetriebes beliebig lange Zeit das Gesellschaftsvermögen als gebundenes Miteigentum zu besitzen und das Recht an der Gesellschaftsfirma, die doch grundsätzlich an die Kaufmannseigenschaft gebunden ist, zu erhalten. Das in der älteren Judikatur (AdlCl. 61, 630, 727, 811, 765, 767, 854, 1488) und auch bei K. Adler (S. 125, N. 16) betonte Interesse der Gesellschaftsgläubiger, die durch einen Beschluß auf Auflösung ohne faktische Auseinandersetzung und Neugründung einer Gesellschaft mit dem alten Gesellschaftsvermögen zu Privatgläubigern gemacht werden können, kommt nicht in Betracht. Die gleiche Schädigung der Gesellschaftsgläubiger könnten die Gesellschafter auch bei zwingend vorgeschriebener Liquidation dadurch erreichen, daß sie vor Fassung des Auflösungsbeschlusses das ganze Gesellschaftsvermögen unter sich verteilen und auf diese Weise künstlich einen Zustand herbeiführen, wo es nichts mehr zu liquidieren gibt; wogegen nur das Rechtsmittel der paulianischen Anfechtung Schutz gewähren kann. Gründen sie dann eine neue Gesellschaft und schließen in dieselbe die Vermögensbestandteile als Einlagen ein, die sie bei Verteilung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft erhalten haben, so haften sie ebenfalls nur als ehemalige Gesellschafter. Auch nach eingetretener Liquidation können die Sozien derselben ein gewaltsames Ende bereiten, indem sie die

Digitized by Google

unter ihnen bestehende Rechtsgemeinschaft durch Verkauf des Geschäftes oder Teilung aufheben (vergl. § 6 zu Art. 142).[2])

Ein häufiger Fall der anderweitigen Auseinandersetzung ist Übernahme des Geschäftes samt allen Aktiven und Passiven des Gesellschaftsvermögens durch einen der Gesellschafter gegen Geldabfindung der übrigen. Hier tritt anders als beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der fortbestehenden Gesellschaft ein Wechsel im Subjekte des Gesellschaftsvermögens ein, der sich jedoch mangels einer gesetzlichen Bestimmung nicht im Wege der Universalsukzession vollzieht. Grundbücherliche Umschreibung der Grundstücke ist notwendig (vergl. Staub[8], Anm. 9 zu § 145), ebenso Umschreibung der Markenrechte nach § 9 MarkG., auch wenn die Firma unverändert bleibt (Budw. 11.639). Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der übernehmende Gesellschafter nach Art. 146. Darüber hinaus nur bei Vorliegen der bei Art. 22 angeführten Voraussetzungen.

Im Gesellschaftsvertrage kann auch bestimmt werden, daß an Stelle der Liquidation das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft an eine andere aus einem Teile der bisherigen Gesellschafter zu bildende Gesellschaft übergehen soll gegen Geldabfindung der der neuen Gesellschaft nicht beitretenden Gesellschafter (RG. bei SeuffA. 56, Nr. 81). Dem Ansuchen auf Eintragung der Änderung in der Person der Firmeninhaber muß eine rechtswirksame Erklärung der aus dem Geschäfte austretenden Gesellschafter beigeschlossen sein, daß die Auseinandersetzung beendet ist (OGH. 28. Februar 1907, Z. 2342; ZBl. 1907, Nr. 378).

In gebührenrechtlicher Hinsicht wendet der VGH. auf den Fall der Übernahme des ganzen Gesellschaftsvermögens durch einen Gesellschafter die Bestimmung der Tarifpost 3 und des § 8 des Ges. vom 18. Jänner 1901, RGBl. 74 (Teilung eines ganzen Vermögens zwischen den Miteigentümern) (BudwF. 4039, 4668, 2824) an, und hat seine frühere Auffassung, daß in diesem Falle eine Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens auf den übernehmenden Gesellschafter stattfindet (vergl. BudwF. 375) verlassen.

Über die gewerberechtlichen Fragen vergl. § 4 im Exkurse zu Art. 85.

γ) Auf anderem Gebiete liegt das nach Art. 126 dem Gläubiger eines Gesellschafters gegebene, von den Vereinbarungen der Sozien unabhängige Recht auf Liquidation.

b) **Inhalt und juristisches Wesen der Liquidation.** Ihr Inhalt besteht § 2.
darin, daß eine Abwicklung gewählt wird, bei welcher für gemeinschaftliche Rechnung und im gemeinsamen Namen die laufenden Geschäfte beendigt, die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt, die Forderungen derselben eingezogen und das Vermögen der Gesellschaft versilbert wird (Art. 137). Alles dies geschieht aber nicht in Form eines gerichtlichen Verfahrens. Das Gericht hat dabei in keiner Weise mitzuwirken, und sei es auch durch Ausübung einer Aufsicht (Hahn, § 2; Blaschke-Pitreich, S. 150). Es ergibt sich dies schon daraus, daß § 1188 ABGB.

[2]) Vergl. § 145 DHGB.: „Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern vereinbart . . . ist".

Digitized by Google

die Verwalter von gesellschaftlichen Vermögen den Verwaltern einer gemeinschaftlichen Sache gleichstellt (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 380 AE.), hier aber gewiß jedes gerichtliche Eingreifen in offiziösem Wege in die Verwaltung ausgeschlossen ist. Der OGH. hat in AdlEl. 990 die hier ausgesprochene Ansicht vertreten, in AdlEl. 1656 und 1895 jedoch die Möglichkeit des gerichtlichen Eingreifens in offiziösem Wege in die Verwaltung der Liquidatoren angenommen. Die in der Geschäftswelt oft gebrauchte Bezeichnung „gerichtliche Liquidation" ist daher nach unserer Ansicht nicht am Platze. Auch kann eine wirklich gerichtliche Liquidation von keinem Gesellschafter gefordert werden, auch nicht eventuell im Streitfalle.

Aus diesem Inhalte der Liquidation ergibt sich ihr juristisches Wesen. Das Gesellschaftsvermögen bleibt während der Dauer der Liquidation gebundenes Miteigentum der Gesellschafter, die auch im Liquidationsstadium ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht veräußern können (Randa II., S. 242); nur soll dieses Vermögen nicht mehr zum Betriebe eines Gewerbes durch die Gesellschafter verwendet werden. Es besteht keine offene Handelsgesellschaft mehr, sondern eine Liquidations- oder Abwicklungsgesellschaft (vergl. Randa II., S. 238, dort auch Literatur); welche von den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Rechtssätzen auch für die Liquidationsgesellschaft aufrecht bleiben, wird bei Art. 144 erörtert werden.

Zu den fortfallenden Rechtssätzen gehören vor allem die Bestimmungen über die Geschäftsführung und die gesetzliche Vertretung (ROHG. 7, S. 71). Deshalb trifft das Gesetz in erster Linie Fürsorge dafür, wer die Gesellschaft in diesem Stadium gesetzlich zu vertreten und ihre Geschäfte zu führen hat. Es bestimmt, daß dies durch Liquidatoren geschehe. Im vorliegenden Artikel wird die Frage nach der Berufung der Liquidatoren abgehandelt.

§ 3. 2. **Die Berufung der Liquidatoren** erfolgt entweder durch Vertrag oder durch Gesetz (Abs. 1), unter Umständen auch durch den Richter (Abs. 2).

a) **Durch Vertrag oder Gesetz.**

α) In erster Linie entscheidet der Vertrag, das heißt entweder der Gesellschaftsvertrag oder ein nachträgliches Übereinkommen aller Gesellschafter. Der gemeinsame Wille der Gesellschafter ist in dieser Beziehung souverän. Er kann bestimmen, daß einer von den Gesellschaftern statt aller oder auch ein Dritter die Liquidation besorge, auch z. B. ein Gläubiger oder ein Ausschuß derselben mit der Abmachung, sich aus den Einkünften bezahlt zu machen (ROHG. 9, S. 215). Die Worte „Beschluß der Gesellschafter" sind dabei nicht strikt zu interpretieren, als seien nur die Gesellschafter und nicht auch ihre gesetzlichen Vertreter und Rechtsnachfolger gemeint. Die letzteren sind dabei nicht auf eine Kollektivstimme beschränkt (Hahn, § 14).

An diese getroffene Übereinkunft sind alle Gesellschafter und Rechtsnachfolger gebunden. Sie können, abgesehen von den Voraussetzungen des Abs. 2 und des Art. 134, nicht einseitig verlangen, daß entgegen diesem Beschlusse der erwähnte Liquidator nicht oder nicht allein die Liquidation besorgen solle (ROHG. 20, S. 11).

Eine Pflicht zur Übernahme des Amtes besteht für den durch Vertrag Erwählten nur, wenn auch er sich vertraglich verpflichtet hat.

Digitized by Google

β) In zweiter Linie beruft das Gesetz die sämtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter. Zu den letzteren gehören die Vertreter des im Konkurse befindlichen, wahnsinnigen, unmündigen Gesellschafters (Hahn, § 13; Blaschke-Pitreich, S. 150; Canstein I., S. 594); nicht der Zessionar, nicht der eingewiesene Exekutionsgläubiger. Diese letzteren haben kein Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation. § 4.

Die für die Mehrheit von Rechtsnachfolgern vorgesehene Präsentationspflicht eines gemeinschaftlichen Vertreters bezieht sich auch auf den Fall, daß der Gesellschafter nach Auflösung gestorben ist, ist aber nicht analog anwendbar auf den Fall, daß ein unfähiger Gesellschafter mehrere gesetzliche Vertreter hat. Die Präsentationspflicht kann nicht erzwungen werden.[3]) Die Folge der unterlassenen Präsentation ist vielmehr, daß die Rechtsnachfolger zur Besorgung der Liquidationsgeschäfte überhaupt nicht zugelassen zu werden brauchen (Keyßner in GZ. 10, S. 334; Behrend, § 81, Anm. 20).

Ob diese gesetzliche Berufung von dem Berufenen abgelehnt werden kann, ist zweifelhaft. Behrend (§ 81, Anm. 23) bejaht es, indessen doch wohl mit Unrecht. Das Gesetz gibt dem Gesellschafter nicht nur das Recht auf die Liquidation überhaupt, sondern auf Liquidation in der hier bestimmten Art, das heißt in Ermanglung einer entgegenstehenden Abrede durch die bisherigen Gesellschafter. Wem von den Gesellschaftern diese Pflicht zu lästig erscheint, mag sie im Gesellschaftsvertrage ablehnen. Wie kämen jetzt die anderen Gesellschafter dazu, die Liquidationsgeschäfte allein zu besorgen? Zur Unterstützung dieser Ansicht kann vielleicht das Urteil des Reichsgerichtes (15, S. 80) herangezogen werden, in welchem für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ausgesprochen ist, daß das Auseinandersetzungsgeschäft Pflicht aller Sozien ist. (Zust. Pollitzer, S. 181.)

b) **Die Berufung durch den Richter oder, wie das Gesetz sagt, die Ernennung durch den Richter.** § 5.

α) Voraussetzung der richterlichen Ernennung. Sie greift im Gegensatze zur Berufung durch Vertrag oder Gesetz Platz, wenn ein Gesellschafter einen wichtigen Grund geltend macht, aus welchem die solchergestalt erfolgte Berufung nicht angemessen erscheint. Der Antrag ist, wenn die Auflösung und damit die Liquidation als gesetzliche Folge derselben und mit dieser die vertragliche oder gesetzliche Berufung der Liquidatoren bereits eingetreten ist, mit dem Antrage auf Abberufung zu verbinden. Will man den Eintritt der vertraglichen oder gesetzlichen Berufung verhindern, so muß der Antrag auf richterliche Ernennung als Klageantrag zugleich mit der Auflösungsklage gestellt werden. Als zur Antragstellung berechtigt ist nicht bloß, wie das Gesetz sagt, der Gesellschafter, sondern auch sein gesetzlicher Vertreter und die Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters zu betrachten, ebenso im Falle des Art. 126 der Privatgläubiger des Gesellschafters (Behrend, § 81, Anm. 10, 22 und 25). Was insbesondere die Rechtsnachfolger anbetrifft, so sind sie wohl bei der Liquidation selbst, nicht aber bei der Frage der Ernennung auf eine Kollektivstimme beschränkt (Hahn, § 14; anders Keyßner in GZ. 10, S. 327 ff.).

[3]) Die Präsentationspflicht fällt natürlich dann weg, wenn der verstorbene Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage nicht als Liquidator berufen war (AdlCl. 1955).

Digitized by Google

§ 6.

β) Der Weg, auf welchem die Ernennung erzielt wird, ist der ordentliche Prozeßweg. Es handelt sich nicht um einen Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit, dessen Erledigung dem Registerrichter obliegt (so Puchelt, Anm. 6; Delius in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht, 1, S. 232.[4]) Es liegt im Gegenteil recht eigentlich ein Fall streitiger Gerichtsbarkeit vor: es verlangt ein Gesellschafter, daß die im Vertrage oder im Gesetze festgesetzte Berufung nicht in Wirksamkeit trete, weil ein wichtiger Grund dagegen vorliege; die anderen Gesellschafter bekämpfen dies, denn sie haben ja zunächst ein Recht darauf, daß die vertragliche oder gesetzliche Berufung in Kraft tritt; der Richter hat nun das beiderseitige Vorbringen zu prüfen und nach seinem, durch keine fixierte Schranke beengten Ermessen zu entscheiden, ob wirklich der einerseits vorgebrachte, andrerseits bestrittene Grund vorliegt, um Vertrag oder Gesetz außer Wirksamkeit treten zu lassen. Wem anders sollte diese Aufgabe zufallen als dem ordentlichen Prozeßrichter? Daß der ordentliche Prozeßweg ein oft zu umständliches Verfahren ist, wäre kein geeignetes Argument hiegegen, zumal die einstweilige Verfügung mit der ihr eigenen schrankenlosen Freiheit provisorische Vertretung schaffen kann. (Vergl. die Fälle einstweiliger Verfügungen in RG. 29, S. 354 und 30, S. 319.) Das Urteil, welches der Klage auf Ernennung von Liquidatoren stattgibt, hat konstitutive Wirkung (Stein, GZ. 1897, Nr. 9).

Dem hier vertretenen Standpunkte nähert sich das Reichsgericht (13, S. 155); doch gibt es nicht unbedingt zu, daß die Ernennung der Liquidatoren im ordentlichen Prozeßwege erfolgt. Es will dies nur dann gelten lassen, wenn und soweit Streit obwaltet. Allein der Streitfall ist in diesem Absatz stets vorausgesetzt, das Gegenteil ist Übereinstimmung und fällt unter Abs. 1, nach welchem ein erwählter Liquidator vorliegt, der vom Richter nicht zu ernennen, sondern von den Gesellschaftern anzumelden, und vom Richter einzutragen ist. Als Beispiele, in denen die richterliche Ernennung im offiziosen Wege erfolgen kann, führt das Reichsgericht an:

a) wenn sämtliche Gesellschafter gemeinschaftlich den Antrag stellen. In einem solchen Antrage ist aber ein Beschluß nach Abs. 1 zu erblicken. Ob in solchem Falle ein wichtiger Grund vorliegt, ist nicht mehr zu erwägen. Der Liquidator ist nicht zu ernennen, sondern einfach einzutragen;

b) wenn gegen den von einem Gesellschafter gestellten Antrag die übrigen keinen Widerspruch erheben. Hierin scheint das Reichsgericht immer eine Zustimmung zu erblicken. Ist dies der Fall, so gilt das eben zu a) Gesagte. Ist aber die Zustimmung nicht sicher, so liegt ein Streitfall vor und es greift daher in Konsequenz der reichsgerichtlichen Ansicht der Prozeßweg Platz;

c) wenn der obwaltende Streit durch den rechtskräftigen Ausspruch, daß Liquidatoren vom Richter zu ernennen seien, erledigt ist und es sich nur noch um die Ernennung handelt. In diesem Falle — die Zulässigkeit einer solchen abstrakt auf Unwirksamkeitserklärung der

[4]) Hahn (§§ 16 und 17) meint, im Prozeßwege sei festzustellen, daß ein wichtiger Grund vorliegt, die Ernennung erfolge durch den Registerrichter — eine unhaltbare und unpraktikable Unterscheidung.

Digitized by Google

gesetzlichen oder vertraglichen Berufung gerichteten Klage vorausgesetzt — sowie in dem Falle, daß die Gesellschafter darüber einig sind, daß Liquidatoren vom Richter zu bestellen sind und nur über die Person der zu bestellenden Liquidatoren Streit besteht, erfolgt nach österreichischem Rechte die Bestellung der Liquidatoren im offiziosen Verfahren. Dies ergibt sich aus der Gleichstellung der Liquidatoren mit dem Verwalter einer gemeinschaftlichen Sache (vergl. oben § 2). Soll ein solcher gemäß § 836 ABGB. vom Richter bestellt werden, so erfolgt die Bestellung im offiziosen Verfahren, wenn die Parteien darüber einig sind, daß die Bestellung vom Richter vorzunehmen ist und sich nur über die Person nicht einigen können (GU. 7911, 12.859; Krainz-Ehrenzweig, § 192, Note 37; Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 102; Randa II., S. 239; Pisko, GH. 1900, Nr. 37 [dortselbst auch Belege aus der Redaktionsgeschichte]). Der OGH. hat sich dieser Ansicht in AdlCl. 1431 und in der Entscheidung vom 22. November 1906; ZBl. 1907, Nr. 52 angeschlossen.[5])

γ) Zuständig für die Klage auf Ernennung von Liquidatoren ist das mit der Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit betraute Gericht (§ 51, JN.; § 39, Z. 3 EinfG. zum HGB.), dessen örtliche Zuständigkeit sich nach allgemeinen Grundsätzen richtet. Erfolgt die Bestellung der Liquidatoren im außerstreitigen Verfahren, so ist jenes Gericht zuständig, in dessen Handelsregister die Firma der Gesellschaft eingetragen ist. Die in der Praxis nie bezweifelte Richtigkeit dieser Ansicht, nach welcher das bei Art. 3 für die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen ermittelte forum generale nicht anwendbar ist, ergibt sich daraus, daß es sich um einen Verwaltungsakt hinsichtlich eines bis zu einem gewissen Grade selbständigen, eine in sich geschlossene Einheit bildenden Vermögens handelt. Daher erscheint für die Vornahme dieses Verwaltungsaktes jenes Gericht zuständig, welches sich an der Verwaltung dieses Sondervermögens bereits dadurch beteiligt hat, daß es durch seine Registerführung die Entstehung dieses Sondervermögens und andere dasselbe betreffende Veränderungen beurkundet hat. (Näheres bei Pisko, GH. 1900, Nr. 38.) § 7.

δ) Der Inhalt der Ernennung ist die Bestellung zum Liquidator. Werden mehrere ernannt, so können sie in Gemäßheit des Art. 136 samt und sonders oder samt oder sonders ernannt werden. Selbstverständlich können ihnen weitere Befugnisse nicht erteilt werden, als Art. 137 vorsieht. Keyßner (a. a. O.) nimmt an, daß der Richter dem ernannten Liquidator auch bestimmte Instruktionen erteilen kann, freilich nicht mit der Wirkung nach außen. Allein auch mit dieser Einschränkung ist die Ansicht nicht richtig (Hahn, § 19). Der Richter kann nur einen Liquidator ernennen, dessen Befugnisse aus dem Gesetze hervorgehen, in den Gang der Geschäfte im einzelnen kann er nicht eingreifen (vergl. RG. 12, S. 32). § 8.

ε) **Was wichtige Gründe sind**, sagt das Gesetz nicht, gibt auch nicht wie sonst, durch Beispiele einen Anhaltspunkt. Man pflegt in dieser Hinsicht auf Art. 125 zu verweisen und geht dabei insofern nicht fehl, § 9.

[5]) Im deutschen Rechte erfolgt die richterliche Ernennung von Liquidatoren gemäß § 145 des Gesetzes, betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit, stets im außerstreitigen Verfahren.

Digitized by Google

als Verschuldungen, welche zur Auflösung führen, wohl meist auch zum Amt eines Liquidators unfähig machen. Immer ist im Auge zu behalten, daß es sich hier nicht um das Gedeihen einer bestehenden Gesellschaft, sondern um die Abwicklung der Geschäfte einer aufgelösten Gesellschaft handelt. Als wichtige Gründe sind daher solche Tatsachen zu betrachten, welche eine gedeihliche Abwicklung der Liquidationsgeschäfte durch die angeborenen oder erkorenen Liquidatoren nicht erwarten lassen. Es kann von diesem Gesichtspunkte aus jemand, der als offener Gesellschafter am Platze war, z. B. vermöge seiner technischen Kenntnisse, zur Liquidationstätigkeit ungeeignet erscheinen. Als wichtige Gründe führt Keyßner (a. a. O.) an: die Rechtsnachfolger eines Gesellschafters können nicht bewogen werden, einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen, die früheren Gesellschafter leben in argem Hader. (Vergl. Bolze 12, Nr. 504; 21, Nr. 554.) Ein anderes Beispiel: die Zahl der Gesellschafter ist so groß, daß sie für die Abwicklung störend ist.

§ 10. ζ) Eine Pflicht zur Annahme der richterlichen Ernennung besteht nicht (Puchelt, Anm. 6), auch nicht dann, wenn die Ernennung eine Person betrifft, die schon durch Vertrag oder Gesetz berufen war. Denn diese letzteren Berufungen sind zwar bindend, hier aber sind sie außer Kraft gesetzt.

Artikel 134.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter; sie kann auch auf den Antrag eines Gesellschafters aus wichtigen Gründen durch den Richter erfolgen.

Der Artikel bezeichnet die Mittel und Wege zur Abberufung der Liquidatoren. Der Erläuterung bedürfen folgende Begriffe:

§ 1. 1. **Die Abberufung** schließt die Einschränkung ihrer Macht durch Ernennung von Mitliquidatoren in sich (ROHG. 20, S. 11). Beide Fälle sind gleich zu behandeln.

§ 2. 2. **Die Liquidatoren**, deren Abberufung nach dem vorliegenden Artikel möglich ist, sind die geborenen, die erkorenen und endlich auch die richterlich ernannten. Die erwählten sind es auch dann, wenn ihre Wahl auf einem Vertrage mit dem Liquidator selbst beruht. Die Liquidatoren sind und bleiben Mandatare, müssen sich daher, wie jeder andere Mandatar, den Widerruf des Mandates gefallen lassen, auch wenn auf denselben vertraglich verzichtet sein sollte, was eben rechtlich wirkungslos ist; vertragliche Entschädigungsansprüche bleiben ihnen vorbehalten (ROHG. 23, S. 324; vergl. RG. 3, S. 186). Der vertraglich bestellte Liquidator aber hat keinen Beschwerdeweg auf seine Ernennung oder Beibehaltung (Kammergericht bei Johow und Küntzel 3, S. 29).

Auch die richterlich ernannten Liquidatoren müssen sich die Abberufung gefallen lassen, weil auch sie nichts weiter sind als Mandatare der Gesellschafter. Die Ernennung durch den Richter erfolgt nicht ex officio und ex jure publico, sondern nur in Schlichtung eines Parteistreites. Die erzielte Parteieinigung kann hier aber jede Änderung treffen (Blaschke-Pitreich, S. 150).

§ 3. 3. **Die Mittel und Wege der Abberufung** sind entweder der einstimmige Beschluß aller Gesellschafter oder die Angehung richterlicher Hilfe.

Digitized by Google

a) Beim einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter muß auch der Liquidator selbst mitwirken, wenn er Gesellschafter ist (ROHG. 20, S. 11; Canstein I., S. 597; Pollitzer, S. 186), ebenso die Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters, und zwar alle (Behrend, § 81, Anm. 26). Die Zustimmung des Liquidators ist nicht nötig, wenn es ein Fremder ist (siehe hierüber § 2).

b) Die Angehung richterlicher Hilfe erfolgt im ordentlichen Prozeß- § 4.
wege, wenn der abzuberufende Liquidator Gesellschafter ist; er übt in diesem Falle sein Amt als ein subjektives Recht aus, das ihm nur im ordentlichen Prozeßwege entzogen werden kann (so auch OHG., 22. Febr. 1905, ZBl. 1905, Nr. 110; anders Randa II., S. 240, und Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 102 und OGH., 19. Dez. 1906, JBl. 1907, Nr. 13 für den Fall, daß keine Tatsachen streitig sind). Das Gleiche gilt von dem Liquidator, der nicht Gesellschafter ist, aber von den Gesellschaftern bestellt wurde, soweit es sich um seine aus dem Anstellungsvertrage erwachsenen Rechte handelt. Seine Vollmacht erlischt wie die eines jeden Mandatars durch einfachen Widerruf (vergl. oben § 2). Erfolgt der Widerruf nicht einstimmig, so ist gegen die widerstrebenden Gesellschafter die Klage anzustellen. Handelt es sich aber um Abberufung eines gerichtlich bestellten Liquidators, so liegt in dem bezüglichen an den Richter gestellten Begehren der Antrag, über die Person des vom Gerichte bestellten Liquidators eine Verfügung zu treffen. Diese ist aber im Wege des offiziosen Verfahrens zu erlassen (§ 6 zu Art. 133). Ist nach dem Gesagten die Betretung des Prozeßweges notwendig, so ist die Klage zu richten gegen die der Abberufung widerstrebenden Gesellschafter. Die im Einzelfalle erforderliche Schleunigkeit kann auch hier durch einstweilige Verfügung bewirkt werden (RG. 30, S. 319). Auch diese ist gegen die der Abberufung widerstrebenden Gesellschafter zu richten. Die in dem Rechtsstreite zwischen den Sozien durch Urteil oder einstweilige Verfügung ergehende Entscheidung gilt gleich dem Beschlusse der Gesellschafter auf Abberufung. Der Liquidator hat dieselbe zu respektieren, sonst verwirkt er gerichtliche Maßregeln gegen sich selbst. Die Grundsätze über die Grenzen der prozessualen Rechtskraft sind auf dieses konstitutive Urteil nicht anwendbar (vergl. Nosek, GZ. 1899, Nr. 29).

Der Ausspruch des Richters kann nur auf Abberufung überhaupt lauten; erscheint ihm diese nicht am Platze, so muß er das Klagebegehren abweisen. Er darf nicht etwa in eine einzelne geschäftliche Maßregel derart eingreifen, daß er ihre Vornahme, etwa die Führung eines Prozesses anordnet, als sei dies ein minus gegenüber der begehrten Abberufung; und wenn ein derartiger Antrag gestellt würde, so muß er die Klage abweisen (RG. 12, S. 33). Wohl aber kann seine Hilfe angerufen werden, um eine Handlung, welcher zulässigerweise widersprochen ist, zu verhindern.

Voraussetzung des auf Abberufung lautenden Richterspruches ist das Vorhandensein wichtiger Gründe. Dazu gehören solche Tatsachen wie die im § 8 zu Art. 133 erörterten. Wenn das ROHG. (9, S. 20) es für keinen genügenden Grund angesehen hat, daß der Gesellschafter am Sitze der Gesellschaft nicht wohnt, oder die Gesellschaft wegen einer bedeutenden Summe verklagt, so mag das in jenem konkreten Falle wohl richtig gewesen sein. Als allgemeiner Gesichts-

Digitized by Google

punkt dürfte dies nicht durchschlagen; es kann vielmehr wohl Fälle geben, wo diese Gründe allein zur Abberufung nicht ausreichen.

Fernere Voraussetzung ist der Antrag eines Gesellschafters oder eines (nicht notwendig aller) Rechtsnachfolgers eines solchen, auch des Exekutionsgläubigers nach Art. 126 (vergl. § 5 zu Art. 133). Daß der Liquidator seine eigene Abberufung verlangt, ist nicht ausgeschlossen, wenn er sich z. B. unfähig fühlt zur Besorgung der Geschäfte und die anderen Sozien ihm das Amt trotzdem nicht abnehmen wollen.

Artikel 135.

Die Liquidatoren sind von den Gesellschaftern beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; sie haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Das Austreten eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines solchen ist gleichfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Gesellschafter sind zur Befolgung dieser Vorschrift von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Dritten Personen kann die Ernennung von Liquidatoren, sowie das Austreten eines Liquidators oder das Erlöschen der Vollmacht eines solchen nur insoferne entgegengesetzt werden, als hinsichtlich dieser Tatsachen die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 25 und 46 hinsichtlich einer Änderung der Inhaber einer Firma oder des Erlöschens einer Prokura die Wirkung gegen Dritte eintritt.

Einleitung. **Der Artikel enthält die Vorschriften über die Eintragung des Liquidatoramtes** bei Beginn und Ende (Abs. 1, 2 und 3) **und die zivilrechtlichen Folgen der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung** (Abs. 4). Ihrem Inhalte nach sind die Vorsschriften analog denen des Art. 129.

§ 1. 1. (Abs. 1, 2 und 3.) Beginn und Ende des Liquidatoramtes sind anzumelden.

a) (Abs. 1.) **Die Anmeldung der Liquidatoren.**

α) Objekt der Anmeldung sind die Liquidatoren. Wollen die Gesellschafter den Weg der Liquidation zum Zwecke der Auseinandersetzung ausschließen, so kann der Registerrichter dagegen nicht eingreifen; wählen sie aber keinen anderen Weg, so tritt die Liquidation als gesetzliche Folge von selbst ein, und sie haben die Liquidatoren anzumelden (AdlCl. 1721), auch wenn die Gesellschaft selbst nicht eingetragen war (Puchelt, Anm. 1), sei es die im Vertrage ernannten oder sich selbst gemäß Art. 133, Abs. 1. Entsteht darüber, wer im Vertrage berufen ist, oder darüber, ob eine die gesetzliche Berufung abändernde vertragliche Berufung vorliegt, ein Streit, nimmt z. B. ein Gesellschafter ein Vertragsrecht darauf in Anspruch, alleiniger Liquidator zu sein, so muß dieser Streit prozessualisch erledigt sein, ehe die Anmeldung bewirkt wird (ROHG. 10, S. 437). Doch kann von einem Beteiligten für die Zwischenzeit richterliche Ernennung nach Art. 133, Abs. 2 beantragt werden (Keyßner, Anm. 1; Puchelt, Anm. 1).

Digitized by Google

β) Auch die gesetzlichen, sowie die richterlich ernannten Liquidatoren sind anzumelden. Subjekte der Anmeldung, das heißt anmeldungspflichtig sind die Gesellschafter, aber nicht bloß diese, sondern auch die Vertreter und Rechtsnachfolger derselben, und zwar alle diese Beteiligten, jedoch nicht in dem Sinne, daß die Eintragung absolut nicht erfolgen könnte, wenn nicht alle Gesellschafter, beziehungsweise ihre Vertreter und Rechtsnachfolger die Anmeldung bewirken. So strikt ist diese Verschrift nicht gefaßt und daher auch nicht so strikt zu deuten, vielmehr greift das im § 3 zu Art. 129 Gesagte Platz. § 2.

Nicht anmeldungspflichtig und andrerseits auch nicht anmeldungsberechtigt ist der Liquidator als solcher, das heißt wenn er nicht Gesellschafter ist. Ob er überhaupt ein Antrags- und Beschwerderecht nach dieser Richtung hat, darüber siehe §§ 1 a und 1 b zu Art. 26.

γ) Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift zu zeichnen, also nicht die Liquidationsfirma (Kammergericht bei Johow und Küntzel 1, S. 15; anders § 153 DHGB.). § 3.

b) (Abs. 2.) **Die Anmeldung der Beendigung des Liquidatoramtes.** Dazu gehört jedes Erlöschen, sei es durch einstimmige Abberufung seitens der Gesellschafter oder durch richterliche Abberufung oder auch durch Kündigung des Liquidators oder endlich durch Beendigung der Liquidation. Gerade um das letztere mit anzudeuten, wurde die weite Fassung des Gesetzes gewählt (P. 1013; vergl. Puchelt, Anm. 3). Mit dem Erlöschen eines Liquidatoramtes steht hinsichtlich der Anmeldungsfrage auf gleicher Stufe die Beschränkung des Amtes durch Ernennung eines Mitliquidators nach Art. 133, Abs. 2. § 4.

Anmeldungspflichtig sind auch hier die Gesellschafter vergl. oben § 2).

Anträgen der Liquidatoren auf Eintragung der Liquidationsbeendigung ist nach Ansicht des Kammergerichtes nicht zu entsprechen (vergl. Johow und Küntzel 3, S. 24). Wir vertreten die gleiche Ansicht (vergl. § 10 zu Art. 129).

Auf gleicher Linie mit dieser Frage steht die nach der Eintragung des Erlöschens der Firma bei offenen Handelsgesellschaften. (Hierüber vergl. näheres § 10 zu Art. 129.)

c) (Abs. 3.) **Der Zwang zur Anmeldung** richtet sich, wie schon oben im § 1 gesagt ist, nur auf die Anmeldung der bestehenden Liquidatoren, nicht auf Ernennung von Liquidatoren, weil ja die Liquidation von den Gesellschaftern ausgeschlossen werden kann. § 5.

2. (Abs. 2.) **Die Bedeutung der Eintragung und die Folgen derselben, sowie die Folgen der Nichteintragung** gehen Hand in Hand mit dem, was auch sonst Eintragung und Nichteintragung bedeuten (vergl. die Erl. zu Art. 129). Insbesondere beginnt das Amt des Liquidators nicht erst mit der Eintragung, auch nicht die des richterlich ernannten, und die Existenz seiner Befugnisse ist von der Eintragung nicht abhängig (ROHG. 16, S. 73). § 6.

Artikel 136.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungeu mit rechtlicher Wirkung nur in Gemeinschaft vor-

Digitized by Google

nehmen, soferne nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können.

Der Artikel ordnet an, daß regelmäßig und präsumtiv eine Mehrheit von Liquidatoren nur kollektive Vertretungsmacht besitzt.

§ 1. 1. **Die Vorschrift der Kollektivvertretung bezieht sich auf alle Fälle einer Mehrheit von Liquidatoren,** insbesondere auch

a) auf den Fall, daß die früheren Gesellschafter es sind. Ihre Einzelbefugnis zur Vertretung der Gesellschaft überdauert dieselbe nicht; sie sind nach Auflösung der Gesellschaft gemeinsame Verwalter des Gesellschaftsvermögens,

b) auf den Fall der richterlichen Ernennung.

§ 2. 2. **Die Vorschrift hat zur Folge,** daß die Liquidatoren nur gemeinsam handeln können. (Näheres § 4a zu Art. 115.) Auch Gefahr im Verzuge macht keine Ausnahme (vergl. Puchelt, Anm. 3; anders Gareis-Fuchsberger, S. 268, Anm. 221). Die betreffende in Art. 100 gemachte Ausnahme ist hieher nicht zu übertragen (vergl. § 8 zu Art. 144).

Da die Vorschrift auch nach innen gilt (Blaschke-Pitreich, S. 151), so muß jede Handlung unterbleiben, welcher einer der Liquidatoren widerspricht. Auch der Richter kann den widersprechenden Liquidator nicht verurteilen, die von dem anderen verlangte, angeblich notwendige oder zweckmäßige Handlung vorzunehmen (RG. 12, S. 33). Unsachgemäßer Widerspruch kann nur zur Abberufung führen.

Eine Ausnahme macht aber die Notwendigkeit des Vorgehens gegen den Liquidator selbst. Hier liegt es in der Natur der Sache, daß seine Zustimmung nicht erforderlich ist, z. B. wenn es sich um einen Prozeß gegen ihn handelt (ROHG. 5, S. 386; 9, S. 31).

§ 3. 3. **Der Ausschluß der Kollektiv-, die Anordnung der Einzelvertretung** muß im Vertrage oder in der richterlichen Ernennung ausdrücklich erfolgen und eingetragen werden.

Artikel 137.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern; sie haben die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten; sie können für dieselbe Vergleiche schließen und Kompromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.

Die Veräußerung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden.

Einleitung. **Der vorliegende Artikel normiert die Aufgabe und Rechtsstellung der Liquidatoren.** Die Vorschrift bezieht sich selbstverständlich auf Liquidatoren jeder Art, es mögen dies gewählte oder ernannte Liquidatoren sein oder die Gesellschafter selbst als solche fungieren.

§ 1. 1. **Aufgabe und Rechtsstellung im allgemeinen.** Die Aufgabe der Liquidatoren ist, das Vermögen der Gesellschaft in der Weise zu verwalten, wie es den Zwecken einer Liquidation, das heißt der Flüssigmachung des Vermögens und Erfüllung der Verbindlichkeiten aus den flüssig gemachten Mitteln, ent-

Digitized by Google

spricht. Ihre Rechtsstellung ist die von notwendigen und ausschließlichen gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft mit den durch jene Aufgabe umschriebenen Befugnissen, sie sind das Organ der liquidierenden Gesellschaft, wie der Vorstand das Organ der Aktiengesellschaft ist; die Gesellschafter als solche sind zur Vertretung der liquidierenden Gesellschaft nicht berechtigt. (Hahn, § 4 zu Art. 133; ROHG. 10, S. 357; 12, S. 216; Bolze 13, Nr. 501; Blaschke-Pitreich, S. 152.)

Soweit die Vorschriften dieses Artikels dazu bestimmt sind, die Aufgabe der Liquidatoren zu präzisieren, sind sie für das Verhältnis nach innen maßgebend; soweit die Rechtsstellung normiert wird, ist das Verhältnis nach außen getroffen. In der ersteren Beziehung sind es Vorschriften über die Geschäftsführung, in der letzteren Vorschriften über die Vertretung (vergl. über diesen Unterschied § 1 zu Art. 99). Mit anderen Worten: die Liquidatoren sind die Geschäftsführer und Vertreter der Liquidationsgesellschaft, in beiden Beziehungen mit dem gleichen Maß von Befugnissen.

Soweit nun aber die Vorschriften das Verhältnis nach innen berühren, sind sie, ebenso wie die Geschäftsführungsvorschriften durante societate, der Abänderung durch Übereinkunft fähig (Art. 90, 144), während der Umfang der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren zwar der Erweiterung, nicht aber der Einschränkung fähig ist (vergl. Art. 138, § 4 dazu).

2. **Im einzelnen ist über die Aufgabe und die Rechtsstellung der Liquidatoren folgendes bestimmt:** § 2.

a) **Sie haben die laufenden Geschäfte zu erledigen,** z. B. die Fortführung schwebender Prozesse (ROHG. 21, S. 127). Die Vorschrift ist nicht dahin aufzufassen, als müßten die Liquidatoren die laufenden Geschäfte in ihrem Laufe unterbrechen und zu schnellem oder gar vorzeitigem Ende führen, am allerwenigsten haben Dritte ein vorzeitiges Lösungsrecht (RG. 5, S. 8).

b) **Die Liquidatoren haben die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen.** § 3. Waren dieselben bisher bestritten, so können sie nach ihrem Ermessen das Bestreiten aufgeben und Erfüllung leisten; es überschreitet aber ihre Befugnisse, wenn sie verjährten Forderungen durch Anerkenntnis einen neuen Rechtsgrund schaffen (ROHG. 9, S. 85). Zu den Verpflichtungen der Gesellschaft gehören auch die Ansprüche der Gesellschafter, die ihnen als Gläubigern gegen die Gesellschaft zustehen (vergl. § 4, lit. d, zu Art. 123). Diese Ansprüche sind gleich anderen Ansprüchen zu befriedigen (Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaften, S. 26, RG. 31, S. 139, Bolze 18, Nr. 518), die von K. Adler (S. 126) und Staub[8] (Anm. 14 zu § 149) vertretene Ansicht, daß der Gesellschafter wegen einer ihm aus irgend einem Rechtsgrunde zustehenden Forderung nur bei Zulänglichkeit der Liquidationsmasse zur Deckung aller Gesellschaftsschulden Befriedigung verlangen könne (so auch RG. 29, S. 15), entbehrt der gesetzlichen Begründung. Der Gesellschafter braucht bei der Geltendmachung seine Ansprüche, die ihm als Gläubiger gegen die Gesellschaft zustehen, während der Liquidation auf die Suffiziens des Gesellschaftsvermögens sowenig Bedacht zu nehmen, wie vorher. Gegen K. Adlers Behauptung, daß der Gesellschafter jedenfalls keine Forderung gegen die Liquidationsgesellschaft geltend machen könne, die den Betrag seines Passivsaldo übersteigt, muß eingewendet werden, daß der Anspruch auf Einzahlung des Passivsaldo kein Aktivum der Gesellschaft bildet, (vergl. unten § 4), daß daher die Gesellschaft, so wenig sie den Betrag

Digitized by Google

des Passivsaldo einklagen, diesen Betrag auch nicht aufrechnen kann.[1]) Ein unbedingter Anspruch auf Berichtigung des Aktivsaldo steht selbstverständlich keinem Gesellschafter zu (vergl. § 1 zu Art. 141).

§ 4. c) **Die Liquidatoren haben die Forderungen der aufgelösten Gesellschaft einzuziehen.**[2]) Dazu gehören auch diejenigen, welche der Gesellschaft an die Mitglieder zustehen (Bolze 1, Nr. 1179; Blaschke-Pitreich, S. 159), z. B. aus Schädigungen der Gesellschaft (unbefugten Entnahmen und so weiter), welche der Liquidator entdeckt. Insbesondere können sie den Gesellschafter nötigen, die Umschreibung inferierter Grundstücke auf den Namen der Liquidationsgesellschaft zu veranlassen (ROHG. 12, S. 39) und ebenso die Vermögensobjekte, Geschäftsbücher und sonstige Skripturen der Gesellschaft herauszugeben (ROHG. 21, S. 142). Auch die Leistung von rückständigen, das heißt zugesagten und noch nicht geleisteten Einlagen können sie von den Gesellschaftern verlangen (ROHG. 22, S. 136; 25, S. 165; RG. 4, S. 67; vergl. § 4, lit. d, zu Art. 123). Gegen die Klage auf Leistung der Einlage kann der Kompensationseinwand wegen nicht erhobener vertraglicher Bezüge zum Zwecke des Privatgebrauches nicht gemacht werden, weil diese Bezüge das Bestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung haben (ROHG. 25, S. 168).

Über die von einem zur Zeit der Auflösung noch nicht als Gesellschafter beigetretenen Dritten zugesagte Einlage siehe § 4, lit. c zu Art. 123.

Die Liquidatoren sind nicht berechtigt, die etwa vorhandenen Passivsalden einzelner Gesellschafter einzuziehen. Dies ist herrschende Lehre. K. Adler (S. 121) bekämpft die herrschende Lehre — allerdings nur für den Fall, daß die Liquidationsgesellschaft solvent ist — beweist aber nicht die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung, sondern nur die früher gewöhnlich vorgebrachte Begründung, daß nach Art. 92 kein Gesellschafter zur Erhöhung seiner Einlage verpflichtet ist.[3]) Gewiß ist der Gesellschafter zur Zahlung des Betrages, den sein Passivsaldo aufweist, verpflichtet, aber nicht zur Zahlung an die Gesellschaft, sondern zur Zahlung an die Gesellschafter, deren Aktivsaldi in dem Gesellschaftsvermögen keine Deckung finden. Cosack (6. Aufl., S. 522) will das Argument, daß das Recht auf Einzahlung des Passivsaldo nie ein Aktivum des Gesellschaftsvermögens bildet, nicht gelten lassen; er nimmt vielmehr einen ipso

---

[1]) Die praktische Bedeutung der ganzen Frage ist übrigens nicht allzugroß. Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Tilgung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht hin, so ist es Pflicht der Liquidatoren, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Bei der Frage ob Überschuldung vorliegt, müssen allerdings die im Texte erwähnten Forderungen der Gesellschafter in Betracht gezogen werden.

[2]) Dadurch sind diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nach denen jedem Teilhaber einer Gemeinschaft das Individualrecht eingeräumt wird, Ansprüche der Gemeinschaft zur Leistung an die Gemeinschaft im Prozeßwege geltend zu machen (vergl. § 1203 ABGB. und Krainz-Ehrenzweig, § 380, Note 45), beseitigt. Der einzelne Gesellschafter kann daher die Forderungen der Liquidationsgesellschaft nicht einklagen, auch nicht zur Zahlung ad depositum (Bolze 13, Nr. 501).

[3]) Art. 132 des preuß. Entw. bestimmte: „Wenn der Kassebestand zur Deckung der fälligen Schulden nicht hinreicht, so können die Liquidatoren die erforderlichen Zuschüsse fordern. Die Zuschüsse sind von jedem Gesellschafter nach Verhältnis seines Anteiles am Verluste zu leisten". Diese Bestimmung wurde allerdings deshalb gestrichen, weil in ihr ein Widerspruch mit der Bestimmung erblickt wurde, daß kein Gesellschafter zur Erhöhung seiner Einlage genötigt werden könne (P. 253). Diese irrige Auffassung des Gesetzgebers ist jedoch nicht bindend.

Digitized by Google

jure stattfindenden Übergang dieses Gesellschaftsaktivums nach Schluß der Liquidation auf die aktiven Gesellschafter an. Es bedarf jedoch nicht dieser, im Gesetze keinen Anhaltspunkt findenden Konstruktion, zu der Cosack nur greift, um das Recht der Gesellschaft gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter auf Einzahlung seines Passivsaldo begründen zu können. Rechte und Pflichten für und gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter sind aber andere als zwischen Gesellschafter und Gesellschaft durante societate. Die Gründe, aus denen K. Adler bei Insolvenz der Liquidationsgesellschaft dem Gesellschafter eine exceptio doli gegen die Forderung der Gesellschaft auf Einzahlung des Passivsaldos gewähren will, treffen auch bei solventer Gesellschaft zu; der seinen Passivsaldo einschießende Gesellschafter ist ja auch in diesem Falle nicht gegen die Klage aus Art. 112 geschützt (Jäger, Konkursordnung der offenen Handelsgesellschaft, S. 37).

Zur Zession von Forderungen scheinen die Liquidatoren nach Vorschrift dieses Artikels nicht berechtigt zu sein, da sie ja die Forderungen einzuziehen haben. Indessen wird man annehmen müssen, daß, wenn die Einziehung nicht gelingt oder für absehbare Zeit ohne Aussicht ist, sie auch eine anderweitige Verwertung vornehmen können, insbesondere durch Versteigerung (Keyßner in GZ. 10, S. 381).

d) **Die Liquidatoren haben das Vermögen zu verilbern**: wie sie wollen, freihändig[4]) oder durch Versteigerung, bei Grundstücken nur in letzterer Weise (vergl. weiter unten; wegen Verkauf des Geschäftes in Pausch und Bogen vergl. unten § 16). § 5.

e) **Die Liquidatoren haben die Gesellschaft gerichtlich oder außergerichtlich zu vertreten.** Sie sind hienach ihre gesetzlichen Vertreter (Organ, Repräsentant; siehe oben § 1), alles innerhalb der durch diesen Artikel gezogenen Grenzen, aber ohne irgend welche weitere Beschränkung, so daß sie irgend welcher in sonstigen Gesetzen vorgesehenen Spezialvollmacht nicht bedürfen. § 6.

Ihre Eigenschaft als gesetzliche Vertreter tritt besonders im Prozesse hervor. Sie allein können für die Gesellschaft klagen und verklagt werden (Bolze 13, Nr. 501). Diese Bestimmung ist durch Art. IV, Z. 2, EinfG. zur ZPO. aufrechterhalten (Schauer, Note 1 zu Art. IV; Skedl, S. 160).

In Bezug auf die Vernehmung der Parteien zur Beweisführung sind aber nicht die Liquidatoren — in ihrer Eigenschaft als solche — sondern die Gesellschafter als Partei zu behandeln. Dies ergibt bereits die Auslegung des § 373, Abs. 3 ZPO., denn die Liquidationsgesellschaft untersteht den Regeln der offenen Handelsgesellschaft (vergl. § 2 zu Art. 133), und auf den Umstand, daß der Gesellschafter im einzelnen Falle zur Vertretung der offenen Handelsgesellschaft berechtigt ist, kommt es nicht an, da nach der allgemeinen Fassung des Abs. 3 des § 373 auch der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter als Partei zu behandeln ist. Es spricht für diese Ansicht auch die Natur des Beweismittels „der Vernehmung der Parteien", das sich von anderen Beweismitteln nicht wesentlich unterscheidet, und aus welcher sich der Satz ableiten läßt,

[4]) Hiedurch wird das nach bürgerlichem Rechte jedem Gesellschafter gewährte Recht, bei der Auseinandersetzung die Veräußerung jeder nicht in natura teilbaren Sache im Wege der gerichtlichen Feilbietung zu verlangen (§ 1215 in Verbindung mit § 843 ABGB.), beseitigt.

Digitized by Google

daß im Zweifel jene am Rechtsstreite interessierten physischen Personen zu vernehmen sind, von welchen man vermuten kann, daß sie über die beweisbedürftige Tatsache am besten informiert sind; ob dieselben auch im stande sind, über den Gegenstand des Rechtsstreites selbständig zu disponieren, ist im Gegensatze zu dem Parteieneide des deutschen Prozeßrechtes gleichgültig (vergl. Art. XLI, EinfG. zur ZPO. und § 373, Abs. 1 und 2 ZPO.). Da der Gesellschafter in Bezug auf die Beweisführung als Partei zu behandeln ist, so kann er auch während des Liquidationsstadiums im Gesellschaftsprozesse nicht als Zeuge vernommen werden (vergl. Mat. I., S. 324; Randa II., S. 241). Dagegen steht der Vernehmung des Liquidators, sofern er nicht Gesellschafter ist, als Zeugen im Gesellschaftsprozesse nichts im Wege.

Über die Wirkungen des von den Liquidatoren geführten Gesellschaftsprozesses vergl. unten § 20.

Ihre Stellung als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft tritt ferner hervor, wo Gesellschaftsrechte verletzt werden. Hier liegt es im Bereiche ihrer Aufgaben und Befugnisse, die Gesellschaftsrechte zu schützen, weshalb sie zur negatorischen Klage berechtigt und verpflichtet sind (RG. 15, S. 104).

Auch mit sich selbst kann der Liquidator kontrahieren (RG. 7, S. 119), das heißt, es ist begrifflich zulässig; ob er im Einzelfalle nicht für verpflichtet erachtet werden muß, sich dieses Kontrahierens mit sich selbst zu enthalten, ist eine andere Frage, vergl. § 12 zu Art. 52. Auch klagen kann der Liquidator gegen die Gesellschaft. Aber er kann sich nicht selbst die Klage zustellen (RG. 7, S. 405). Eventuell hilft ihm § 8, ZPO. (zust. Pollitzer, S. 185). Überhaupt erwachsen Schwierigkeiten, wenn ein Liquidator gegen die Gesellschaft oder diese gegen den Liquidator eine Klage anbringt. Das ROHG. (9, S. 31) hat angenommen, daß in einem solchen Rechtsstreite die Gesellschaft von den übrigen Liquidatoren mit Rechtswirksamkeit vertreten wird. Das RG. hat jedoch mit Urteil vom 23. September 1900 in Ztbl. 1901, Nr. 208, diese Ansicht für unrichtig, als im Widerspruche stehend mit dem in Art. 136 ausgesprochenen Prinzipe der Kollektivvertretung erklärt und hat ausgesprochen, daß in einem solchen Falle durch Wahl eines neuen Liquidators oder richterliche Bestellung eines solchen für die Herstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Vertretung Sorge zu tragen sei.

§ 7. f) **Die Liquidatoren können Vergleiche und Kompromisse schließen.** Das liegt an sich schon in ihrer Stellung als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft. Für die Anzeige der Zahlungseinstellung (§ 194 KO.) ist jeder Liquidator verantwortlich (§ 197, Abs. 2 KO.). Übrigens kann auch dem nicht zur Liquidation berufenen Gesellschafter das Recht zur Stellung des Konkursantrages nicht abgesprochen werden (Frankl, S. 36). In jedem Falle kann dem Konkursantrage, der nicht von allen Liquidatoren gestellt ist, nicht vor Anhörung sämtlicher Liquidatoren stattgegeben werden. Auf diese Weise klärt Frankl (S. 36) den scheinbaren Widerspruch (Vergl. Einleitung zu Art. 122.) Der Antrag auf Einleitung des Ausgleichsverfahrens muß aber gemäß § 238 KO. von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern ausgehen (Frankl, S. 67); die Liquidatoren sind hiezu nicht legitimiert, da der Zwangsausgleich auch auf das Privatvermögen der Gesellschafter zurückwirkt (Pollitzer, S. 185; dagegen Canstein I., S. 596).

Digitized by Google

g) **Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.** § 8.

α) Die Vorschrift gilt, wie der ganze Artikel, auch nach außen (vergl. § 1). Auch Dritten gegenüber ist daher ein von den Liquidatoren geschlossenes Geschäft nur dann gültig, wenn der Ausnahmsfall, daß es in Beendigung eines schwebenden Geschäftes vorgenommen ist, vorliegt (ROHG. 17, S. 215; 21, S. 308; RG. 44, S. 80 [auch bei Links CCCXXIII]). Das ist doppelt mißlich, weil nicht bloß der Gegenkontrahent, der immerhin noch ohne Schwierigkeit in der Lage sein wird, über das Vorliegen dieser Voraussetzung sich zu vergewissern, die Vorschrift gegen sich gelten lassen muß, sondern auch jeder Dritte, da die Vorschrift auch für den weiteren Verkehr gilt, z. B. mit Orderpapieren (ROHG. 13, S. 226). Es wird indessen mit Recht angenommen, daß schon der Nachweis genügt, daß der Kontrahent bei Anwendung gehöriger Sorgfalt zu der Annahme berechtigt war, daß es sich um ein Abwicklungsgeschäft handle (ROHG. 21, S. 308).

β) Doch ist eben nur ein Zusammenhang des neuen mit dem alten Geschäft vorausgesetzt, nicht etwa der Nachweis, daß das neue Geschäft notwendig war, um das alte zu beendigen, wie das in der Beratung anfangs in Aussicht genommen war. Als Abwicklungsgeschäft ist die Hingabe eines Prolongationswechsels angesehen worden (RG. 4, S. 65), der Abschluß eines Vertrages auf Grund eines Vorvertrages (RG. 44, S. 80). § 9.

γ) Der Beweis dieses Zusammenhanges liegt dem Dritten ob, der Rechte aus dem Geschäfte herleitet (ROHG. 13, S. 226), doch kann der betreffende Einwand abgewartet und in der Replik jene Voraussetzung dargetan werden (ROHG. 21, S. 308); hieraus folgt für den jetzigen Urkundenprozeß, daß nicht urkundlicher Nachweis jener Voraussetzung in der Klage erforderlich ist. § 10.

δ) Ist das Rechtsgeschäft hienach ungültig, so kann doch die Bereicherungsklage statthaft sein (Hahn, § 5).

h) **Grundstücksveräußerungen können sie nur durch Versteigerung vornehmen, außer mit Zustimmung aller Gesellschafter.** § 11.

α) Die Versteigerung braucht nicht gerade gerichtlich zu erfolgen, aber durch ein kompetentes Organ (Puchelt, Anm. 10).

β) Die Zustimmung aller Gesellschafter kann auch generell erteilt werden.

γ) Zu den Grundstücksveräußerungen gehört nicht die Verpfändung, wie sich schon aus dem Wote „Versteigerung" ergibt. Die Verpfändung ist ihnen daher, wenn sie sonst im Rahmen ihrer Aufgabe liegt, gestattet (Pollitzer, S. 184; Canstein I., S. 596). Ihre Zulässigkeit ist z. B. wohl denkbar, um ein zur Erledigung eines laufenden Geschäftes erforderliches Darlehen aufzunehmen oder um Exekutionen abzuwenden (Hahn, § 10).

δ) Wird die Veräußerung im Wege der gerichtlichen Feilbietung vorgenommen, so sind die Liquidatoren auch zur selbständigen Feststellung der Feilbietungsbedingnisse berechtigt (AdlCl. 2236). § 12.

ε) Grundstücke zu erwerben ist ihnen nicht verwehrt, wenn dies, was ebenfalls denkbar ist, die Erledigung der Liquidationsgeschäfte

Digitized by Google

erforderlich macht (Hahn, § 6; Lastig bei Endemann I., S. 420). So wird z. B. der Erwerb in der Subhastation oft unvermeidlich sein. Daß ein Handelsgeschäft vorliegt, verschlägt nichts, da die Vollmacht des Liquidators sich nicht auf Handelsgeschäfte beschränkt.

§ 13. **Zusatz 1. Die negative Abgrenzung der Befugnisse der Liquidatoren** hat das Gesetz nicht vorgenommen. Sie ergibt sich durch Schlüsse aus den für ihre positiven Befugnisse gezogenen Schranken. Eine erschöpfende Abgrenzung nach der negativen Richtung ist freilich nicht möglich.

§ 14. a) **Liquidatoren dürfen Prokuristen nicht bestellen**, weil dazu ein Handelsbetrieb vorausgesetzt wird (ROHG. 13, S. 223); wohl aber können sie einzelne handelsrechtliche Aufträge und überhaupt Handelsvollmachten erteilen und Gehilfen zuziehen, soweit dies im Rahmen der Liquidation liegt (Pollitzer, S. 158; Canstein I., S. 596).

§ 15. b) **Sie dürfen nicht den Sitz der Gesellschaft verlegen**, das hat mit der Liquidation nichts zu tun.

§ 16. c) **Sie dürfen nicht das zu liquidierende Geschäft in Pausch und Bogen verkaufen.** Das widerspricht ebenfalls ihrer Aufgabe (Puchelt, Anm. 7; Gareis-Fuchsberger, S. 271, Note 235). Doch ist dies cum grano salis zu verstehen. Verwehrt ist ihnen die Übertragung des Geschäftes mit Aktiva und Passiva, nicht verwehrt aber ist ihnen unbedingt der Verkauf der vorhandenen Vermögensstücke, auch in Pausch und Bogen, wenn nur im übrigen gegen die Bestimmungen des vorliegenden Artikels nicht verstoßen wird. Sind daher Verbindlichkeiten nicht vorhanden, die Forderungen uneinziehbar und hinsichtlich der Grundstücke die Zustimmung der Sozien vorhanden, so kann auch das ganze Geschäft von ihnen verkauft werden (zust. Förtsch, Anm. 7; Pollitzer, S. 185). Mit Zustimmung aller Sozien steht dem Verkaufe des ganzen Geschäftes in Pausch und Bogen überhaupt nichts entgegen (Art. 140). Sollten alsdann noch gemeinschaftliche Rechtsbeziehungen bestehen bleiben, so ist diese Gemeinschaft immer noch eine Liquidationsgesellschaft. Denn daß zum Wesen dieser eine Firma gehöre, ist im Handelsgesetzbuche nicht vorgesehen. Zu ihrem Wesen gehört vielmehr nur das Bestehen gemeinsamen Vermögens (vergl. Art. 147; auch OLG. Dresden in GZ. 42, S. 532, 533). Die Bezeichnung der Gesellschaft nach Veräußerung der Firma ist leicht zu bewirken (z. B. die Liquidationsgesellschaft, früher in Firma Müller & Schulze).

§ 17. d) **Sie dürfen ferner nicht das Firmenrecht verkaufen** (vergl. § 5 zu Art. 22), doch kann mit Zustimmung der Sozien das Geschäft mit dem Firmenrechte verkauft werden (vergl. oben § 16).

§ 18. **Zusatz 2.** Der vorliegende Artikel beschränkt sich darauf, die Aufgabe und Rechtsstellung der Liquidatoren zu präzisieren, behandelt aber nicht die Einzelfragen, die sich eng an ihre Tätigkeit knüpfen.

Hervorgehoben seien hier folgende Punkte:

§ 19. a) **Das Maß der Sorgfalt**, welches die Liquidatoren anzuwenden haben, richtet sich darnach, ob sie Gesellschafter oder Fremde sind. Im ersteren Falle haben sie diligentia quam suis nach Art. 94 zu prästieren, sonst diejenige Sorgfalt, die dem Mandatar im allgemeinen obliegt (Behrend, § 82, Anm. 35; Pollitzer, S. 185; abweichend Hahn, § 11). Die Anwendung der Sorgfalt haben sie zu beweisen (§ 1298 ABGB.).

§ 20. b) **Durch ihre Vertretung entsteht die Solidarhaft der Gesellschafter** (Art. 144; Behrend, § 82, Anm. 13; anders, aber unzutreffend ROHG. 21, S. 47).

Digitized by Google

c) **Die Wirkung des von den Liquidatoren geführten Prozesses** ist dieselbe, wie die eines von der lebenden Gesellschaft geführten Prozesses: das Urteil macht Rechtskraft auch für und gegen die Gesellschafter (Art. 144; Bolze 1, Nr. 1965). Auf Grund des gegen die Liquidationsgesellschaft erwirkten Urteiles kann gegen die einzelnen Gesellschafter nur nach Einvernehmung derselben über die Haftungsfrage unmittelbar die Exekution bewilligt werden. § 11, Abs. 1 EO. ist hier nicht anwendbar, denn unter Auflösung im Sinne des § 11, Abs. 2 EO. ist nicht die faktische Auseinandersetzung, nicht das vollständige Aufhören der Gesellschaft, sondern die Auflösung im Sinne des Art. 123 HGB. zu verstehen. Es kommt mit Rücksicht auf den Zweck, den der Gesetzgeber bei der verschiedenen Regelung des in Abs. 1 und 2 des § 11 erwähnten Falles verfolgte, auf den Zeitpunkt an, von welchem die Verjährung gegen die einzelnen Gesellschaften wegen Schulden aus ihrer Solidarhaft zu laufen beginnt (Mat. I., S. 472). Diese Verjährung aber beginnt mit der Eintragung der Auflösung ins Handelsregister und läuft auch während des Liquidationsverfahrens (§ 5 zu Art. 146).

d) **Nach Beendigung ihres Amtes haben die Liquidatoren Rechnung zu legen** (Bolze 3, Nr. 793; 4, Nr. 805), auch noch vor Beendigung der Liquidation (ROHG. 23, S. 330), beim Nachweis besonderer Umstände auch im Laufe der Amtsführung (ROHG. 12, S. 41). Die Rechnungslegung erfolgt nach den Entscheidungen des ROHG. in der Regel und abgesehen von besonderen Umständen durch bloße Vorlegung der Bücher (ROHG. 25, S. 344). Dies entspricht der kaufmännischen Anschauung. Die Vorlegung der Bücher wird und muß in der Regel genügen, nur ausnahmsweise ist der Liquidator zu anderweiter Rechnungslegung verpflichtet, z. B. wenn die Geschäftsführung besonders verwickelt, die Bücher lückenhaft sind oder der Liquidator sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht hat (OLG. Karlsruhe in GZ. 37, S. 542). Auskunft über die Sachlage kann, wenn auch nicht gerade jederzeit, so doch in angemessenen Zwischenräumen verlangt werden (vergl. Bolze 4, Nr. 805). Jährliche Bilanzen haben die Liquidatoren nicht zu fertigen (OLG. Karlsruhe in GZ 37, S. 542), die liquidierende Gesellschaft ist ja keine Handelsgesellschaft, also kein Kaufmann mehr.[5]) § 21.

e) **Überschreiten die Liquidatoren ihre Vollmacht**, so haften sie dem Dritten persönlich ex analogia des Art. 55 (RG. 6, S. 214). § 22.

f) **Belohnung** können die Liquidatoren nicht fordern, wenn sie Gesellschafter sind (vergl. § 4 zu Art. 93 und ferner OLG. Dresden in GZ. 37, S. 544), sonst entscheidet Art. 290, Handelsgebrauch oder Zivilrecht (zust. Pollitzer, S. 186; vergl. §§ 1004, 1152 ABGB.). Ihr Verhältnis ist im Zweifel kein Dienstverhältnis (RG. vom 23. Dezember 1895 in JW. 1896, S. 76). § 23.

g) **Für ihre Tätigkeit verantwortlich** sind sie bloß den Gesellschaftern, nicht den Gläubigern, deren Mandatare sie nicht sind (vergl. § 3 zu Art. 141). Selbstverständlich haften sie als Liquidatoren auch nicht den Gegenkontrahenten aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäften, soweit nicht etwa die Analogie des Art. 298, Abs. 2 platzgreift (Überschreitung der Vollmacht) (siehe oben § 22), oder soweit sie nicht etwa durch den Abschluß dieses Rechtsgeschäftes dem Dritten gegenüber eine unerlaubte Handlung begangen haben (RG. 30, S. 50). § 24.

h) **Können die Liquidatoren ihr Amt vor Beendigung der Liquidation niederlegen?** Das richtet sich nach der Quelle ihres Amtes. Sind sie Gesellschafter, so können sie nicht einfach niederlegen. Sie können nur ihre eigene § 25.

Digitized by Google

Abberufung verlangen. Sind sie fremde, so richtet sich die Frage nach den Regeln des Bevollmächtigungsvertrages, gleichgültig, ob die Bestellung der Liquidatoren unentgeltlich oder gegen Entgelt erfolgt (vergl. § 1004 ABGB.). Der Liquidator kann daher jederzeit aufkündigen, wird aber unter Umständen schadenersatzpflichtig werden (§ 1021 ABGB.).

Artikel 138.

Eine Beschränkung des Umfanges der Geschäftsbefugnisse der Liquidatoren (Art. 137) hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

Einleitung. **Der Artikel bestimmt die Unbeschränktheit der gesetzlichen Vertretungsmacht des Liquidators.** Der Inhalt des Artikels entspricht dem des Art. 116, weshalb zu seiner Erläuterung auf die Bemerkungen zu jenem Artikel zu verweisen ist. Hervorzuheben ist:

§ 1. 1. Die Vorschrift gilt gegenüber dem Dritten auch dann, wenn dieser Kenntnis von der Beschränkung hatte. Dies begründet noch keine Kollusion (RG. 9, S. 149).

§ 2. 2. Als Dritter kann aber nicht betrachtet werden der Liquidator selbst, wenn mit ihm kontrahiert wird. Er kann zwar sogar mit sich kontrahieren, aber nicht unter Außerachtlassung der Beschränkungen, die ihm gültig auferlegt sind (vergl. § 2 zu Art. 116). Das Reichsgericht (7, S. 120) betrachtet auch den Liquidator als Dritten im Sinne des Art. 138. Das kann jedoch nicht gebilligt werden und ist in jener Entscheidung ohne Not ausgesprochen worden, da dort von einem Liquidator mit beschränkter Vertretungsmacht keine Rede ist, sondern nur die Frage der Kontrahierungsmöglichkeit mit sich selbst zur Entscheidung stand.

§ 3. 3. Der Aufhebung der Vertretungsbefugnis ist hier keine Erwähnung getan. Sie ist nicht möglich oder vielmehr, sie bedeutet eben das Ende des Liquidatoramtes. Eine Liquidation ohne Vertretungsbefugnis, wie sie Laband in GZ. 10, S. 219 für möglich hält, ist nicht denkbar (vergl. Behrend, § 82, Anm. 5).

§ 4. **Zusatz. Nicht erwähnt ist im Gesetze die Frage nach der Erweiterung der Vertretungsmacht des Liquidators.** Die Vertretungsmacht kann erweitert werden durch Übereinkunft der Gesellschaft auch bei richterlich ernannten Liquidatoren (Art. 137, Abs. 2, Art. 140). Richterliche Ernennung kann aber Erweiterung der Vertretungsmacht nicht schaffen.

Eine Eintragung der Erweiterung findet nicht statt. Aber auch ohne Eintragung ist sie dem Dritten gegenüber wirksam. Sie ist jederzeit widerruflich. (Art. 140).

Artikel 139.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, nun als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.

Der Artikel schreibt vor, wie die Liquidatoren die Gesellschaftsfirma zu zeichnen haben, enthält aber implicite die Vorschrift, daß die Gesellschaft während des ganzen Liquidationsstadiums auch nach Einstellung des Gewerbebetriebes dem Firmenrechte unterliegt (vergl. § 1 zu Art. 25, § 1 zu Art. 144).

---

[n]) Nach § 154 DHGB. haben die Liquidatoren zu Beginn und zu Ende der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.

Digitized by Google

1. Die Vorschrift ist nur instruktioneller Natur. Einmal insofern sie keine Bedingung für die Gültigkeit der vorgenommenen Handlung abgibt; auch bei anderweiter Zeichnung der Firma ist das Geschäft gültig; es kommt, wie im Art. 114, Abs. 2, nur darauf an, ob ausdrücklich oder konkludenterweise die Gesellschaft verpflichtet werden sollte (ROHG. 9, S. 215; vergl. auch die Judikatur in § 1 zu Art. 44). Sodann aber auch insoferne, als die Liquidationsfirma keine veränderte Firma, sondern nur die bisherige Firma ist (vergl. RG. 15, S. 105). Der von den Liquidatoren geführte Zusatz (in liqu. oder sonst) wird nicht Bestandteil der Firma (Landgericht Hamburg in GZ. 35, S. 235). Eine neue gleichlautende Firma darf nicht eingetragen werden, bis die Liquidationsfirma gelöscht ist (Kammergericht bei Johow 10, S. 17; RG. 29, S. 68; OLG. Dresden in GZ. 37, S. 529; über die Eintragung der Firma als Liquidationsfirma ins Handelsregister vergl. § 2 zu Art. 129). § 1.
2. Die Beobachtung der Vorschrift aber ist nicht ohne zivilrechtlichen Einfluß. Denn sie zeigt dem Dritten an, daß die Gesellschaft in Liquidation getreten ist. Der Dritte darf daher die Gesellschaft nicht mehr für bestehend halten und muß prüfen, ob sich das Geschäft im Rahmen der Vertretungsmacht von Liquidatoren hält (vergl. Art. 129, Abs. 5, Art. 135 und 137). § 2.

Artikel 140.

Die Liquidatoren haben, selbst wenn sie vom Richter bestellt sind, den Gesellschaftern gegenüber bei der Geschäftsführung den von diesen einstimmig getroffenen Anordnungen Folge zu geben.

Einleitung. **Der Artikel unterwirft den Liquidator den einstimmigen Anordnungen der Gesellschafter.** Die Vorschrift ist in den Beratungen damit gerechtfertigt worden, daß die Bestellung eines Liquidators durch den Richter nur aus Mangel an Einstimmigkeit erfolgt. Wo daher diese Einstimmigkeit herrscht, da besteht kein Grund, dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten einen entscheidenden Einfluß zu verweigern, zumal es sich um ihr Vermögen handelt (P. 202). Der juristische Grund der Vorschrift ist, daß das Verhältnis der Liquidatoren zu den Gesellschaftern nach innen auf einem Mandat beruht (vergl. Francken a. a. O., S. 148; vergl. auch ROHG. 23, S. 330). Die Gesellschafter können hienach auch gegen den Liquidator auf Vornahme einer Handlung klagen.

1. **Die Bedeutung der Vorschrift.** Sie betrifft nicht nur das Verhältnis nach innen, wie Gareis-Fuchsberger (S. 273, Note 240) im Anschluß an Makower annehmen, da ja der Inhalt der einstimmigen Anordnung auch eine Erweiterung der gesetzlichen Vertretungsmacht involvieren kann. Diese wirkt dann nach außen (vergl. den Zusatz zu Art. 138). § 1.
2. **Zu den Liquidatoren,** welche solchergestalt durch Einstimmigkeit der Gesellschafter gebunden sind, gehören alle, sie seien die Gesellschafter selbst oder erwählte oder ernannte (vergl. die Einleitung). § 2.
3. **Die Gesellschafter** müssen, um die Anweisung zur bindenden zu machen, sämtlich zustimmen, auch die Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters, und zwar auch diese sämtlich (Behrend, § 82, Anm. 18); auch der Liquidator selbst, wenn er Gesellschafter ist, so daß dieser die von den anderen gewollten Maßregeln durch seinen Widerspruch verhindern kann, es sei denn, daß es sich um eine gegen ihn selbst zu treffende Maßregel handelt. Hier genügt der Beschluß der übrigen (vergl. § 6 zu Art. 137). Der § 3.

Digitized by Google

fremde Liquidator dagegen hat kein Veto, sondern die Pflicht, den Beschluß auszuführen (Blaschke-Pitreich, S. 154).

§ 4. 4. **Nichtbeobachtung der Anordnung** ist Pflichtverletzung und hat Schadenersatz, geeignetenfalls Abberufung nach Art. 134 zur Folge. Es kann aber der Liquidator auch auf Vornahme der einstimmig angeordneten Maßregel verklagt werden. Die Entscheidung des RG. 12, S. 33 darf trotz ihres weitergehenden Wortlautes so weit nicht ausgedehnt werden, daß dies Klagerecht versagt wäre. Sie ist nur richtig in dem beschränkten Sinne, daß ein Gesellschafter-Liquidator nicht zur Aufgabe seines, sei es auch unsachgemäßen Widerspruches richterlich gezwungen, nicht verurteilt werden kann, bei einer Handlung mitzuwirken oder in die Vornahme derselben zu willigen, wenn er derselben widersprochen hat. In diesem Sinne ist es richtig, daß der Richter nicht im einzelnen in die Führung der Geschäfte eingreifen darf. In unserem Falle aber liegt eine einstimmig beschlossene Maßregel vor. Auf Ausführung dieser kann der Liquidator verklagt werden. Ist er Gesellschafter, so braucht er ja seine Zustimmung nicht zu geben, hat er sie aber erteilt, so ist er an den gemeinsamen Beschluß gebunden. Ist er nicht Gesellschafter, so hat er nach den Regeln des Mandates die Weisungen des Mandanten zu befolgen und auszuführen.

Ebenso kann richterliche Hilfe angerufen werden, um eine Handlung, deren Nichtvornahme einstimmig beschlossen wurde, zu verhindern. Auch insoweit kann also der Richter in einzelne Geschäfte eingreifen, jene Entscheidung des Reichsgerichtes erfordert daher auch nach dieser Richtung eine Einschränkung (vergl. § 4 zu Art. 102). Dem Dritten gegenüber aber gilt eine solchergestalt untersagte Rechtshandlung, wenn sich der Liquidator nur im Rahmen des Art. 137 gehalten hat.

Artikel 141.

Die während der Liquidation entbehrlichen Gelder werden vorläufig unter die Gesellschafter verteilt.

Zur Deckung von Schulden der Gesellschaft, welche erst später fällig werden, sowie zur Deckung der Ansprüche, welche den einzelnen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zustehen, sind die erforderlichen Gelder zurückzubehalten.

Das Gesetz bestimmt die vorläufige Verteilung der entbehrlichen Gelder (Abs. 1) und die Zurückbehaltung der voraussichtlich erforderlichen Gelder (Abs. 2).

§ 1. 1. **Die entbehrlichen Gelder sind vorläufig zu verteilen.**

a) **Sie sind zu verteilen.** Jeder Gesellschafter hat hierauf einen klagbaren Anspruch (ROHG. 3, S. 338). Es ist nicht ersichtlich, warum er, wie Keyßner (in GZ. 10, S. 380) meint, wegen dieser Pflichtverletzung nur Abberufung verlangen und nicht vielmehr den Liquidator zur Erfüllung seiner Pflicht rechtlich zwingen könnte (Hahn, § 1). Hienach kann der Gesellschafter sein Guthaben schon während der Dauer der Liquidation verlangen, jedoch nur, wofern er darlegt und beweist, daß die eingeklagte Summe disponibel bleiben werde, wie auch die Liquidation ausfallen werde, und daß sie schon jetzt für das Liquidationsgeschäft entbehrlich sei (Bolze 13, Nr. 504; RG. 29, S. 16 und jüngst im JW. 1901, Nr. 208).

Digitized by Google

Dieser Anspruch des Einzelgesellschafters bildet auch einen Gegenstand des Zugriffes für die Sondergläubiger des Gesellschafters (Lastig bei Endemann I., S. 418).

b) **Vorläufig.** Daher muß etwas zu viel Empfangenes zurückgezahlt werden zur Vermeidung der Klage durch den Liquidator (Hahn, § 2). § 2.

2. **Die voraussichtlich erforderlichen Gelder sind zurückzubehalten.** § 3.

a) **Sie sind zurückzubehalten**; sonst machen sich die Liquidatoren den Gesellschaftern gegenüber schadenersatzpflichtig, z. B. wenn sie zu viel ausbezahlt haben und die Wiedererlangung alsdann nicht möglich ist. Aber sie machen sich eben nur den Gesellschaftern gegenüber verantwortlich, deren Mandatare sie sind, nicht den Gläubigern gegenüber, deren Mandatare sie nicht sind (vergl. § 24 zu Art. 137).

b) **Die Zwecke, für welche die Gelder zurückzubehalten sind, sind:** § 4.

α) Die Deckung der noch nicht fälligen Schulden der Gesellschaft. Von selbst werden die Gesellschaftsschulden durch die Auflösung nicht fällig (RG. 5, S. 8; 9, S. 14; abweichend, aber nicht zutreffend ROHG. 10, S. 65). Noch weniger begründet, abgesehen von besonderen, die Realisierung gefährdenden Umständen, die Auflösung und bevorstehende Verteilung einen Arrestgrund, wozu Puchelt, Anm. 2, neigt.

β) Die Deckung der Ansprüche, welche den einzelnen Gesellschaftern bei der Auseinandersetzung zustehen. Damit sind schon dem klaren Wortlaute gemäß alle Ansprüche gemeint, die der Gesellschafter bei der Auseinandersetzung geltend machen darf, also sein Auseinandersetzungsguthaben. Dies entspricht auch der Aufgabe der Liquidatoren, welche nach Realisierung der Aktiva nicht bloß die Gläubiger zu befriedigen, sondern auch den Überschuß an die Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Aktivsalden zu verteilen haben (Art. 142; ROHG. 5, S. 390). Mit Unrecht verstehen daher Gareis-Fuchsberger (S. 273, Note 244) unter jenen Ansprüchen nur die Ansprüche der Gesellschafter, welche ihnen außer ihrem Anteile am Gesellschaftsvermögen zustehen, das heißt die Ansprüche aus Art. 93. § 5.

Artikel 142.

Die Liquidatoren haben die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen.

Streitigkeiten, welche über die Auseinandersetzung entstehen, fallen der richterlichen Entscheidung anheim.

Einleitung.

Der Artikel legt den Liquidatoren die Schlußaufgabe auf, die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen (Abs. 1), jedoch ohne das Recht zur Entscheidung von Streitigkeiten unter ihnen (Abs. 2). Die hier den Liquidatoren auferlegte Pflicht enthält eine Erweiterung ihrer Aufgabe nach Art. 137. Sie haben hienach nicht bloß, wie dies zunächst und eigentlich im Wesen der Liquidation liegt, das Vermögen zu versilbern und die Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu erfüllen, sondern nach dem vorliegenden Artikel ist ihnen darüber hinaus auch noch zur Pflicht gemacht, die schließliche Auseinandersetzung unter den Sozien herbeizuführen.

1. **Die schließliche Auseinandersetzung unter den Sozien.** § 1.

a) Voraussetzung ist, daß die Liquidatoren ihre sonstige Aufgabe erfüllt haben, das Vermögen also in bar umgesetzt und die Gläubiger befriedigt

Digitized by Google

sind. Das Gesellschaftsvermögen und der vorhandene Kassenbestand müssen sich jetzt decken. Vergl. jedoch § 6.

§ 2. b) Die Grundlage der Auseinandersetzung ist eine von den Liquidatoren aufzustellende Schlußbilanz. Dieselbe wird nach denselben Grundsätzen gefertigt wie durante societate. Insbesondere werden auch hier den Aktivsalden vier Prozent Zinsen zugeschrieben, die den Gesellschaftsgewinn vermindern und den Verlust erhöhen, beziehungsweise bilden.

Gewinn wird dabei meist aus der vorteilhaften Verwertung von Gegenständen über dem Inventarwerte, Verlust durch Mindererlös nach dieser Richtung oder durch Ausfälle bei den Außenständen entstehen.

Auf Grund dieser Bilanz werden die Konten der Gesellschafter richtiggestellt und so festgestellt, welcher Aktiv- und Passivsaldo für sie verbleibt.

§ 3. c) Die Ausführung der Auseinandersetzung erfolgt nun in der Weise, daß die vorhandenen Gelder nach Maßgabe der festgestellten Aktivsalden verteilt werden (vergl. § 2 zu Art. 143).

§ 4. d) Damit ist die Tätigkeit der Liquidatoren beendet. Die ihnen obliegende Pflicht zur „Herbeiführung der schließlichen Auseinandersetzung" ist damit erfüllt. In Wahrheit ist damit noch nicht in allen Fällen jede Rechtsbeziehung unter den Sozien gelöst. Wohl ist dies der Fall, wenn zum Schlusse nur Aktivsalden, nicht aber, wenn auch Passivsalden vorhanden sind. Denn in diesem Falle bleiben die Verbindlichkeiten der Passivsaldeninhaber an die Aktivsaldeninhaber auf Einschießung des ihrem schließlichen Verlustsaldo entsprechenden Betrages bestehen. Allein die Einziehung dieses Betrages fällt nicht mehr in den Bereich der Aufgabe der Liquidatoren (vergl. § 4 zu Art. 137). Es bleibt den Gesellschaftern selbst überlassen, die Passivsalden im Verhältnis ihrer Aktivsalden einzuziehen.

Bei dieser Einziehung entsteht die Zweifelsfrage, wen ein Ausfall trifft, der durch Insolvenz eines Passivsaldeninhabers entsteht, ob nur die Inhaber der Aktivsalden nach Verhältnis ihrer Guthaben oder alle Gesellschafter einschließlich der übrigen Passivsaldeninhaber, so daß deren Passivsaldo sich erhöhen würde. Behrend (§ 82, Anm. 27) trifft das Richtige, wenn er sagt, es handle sich nicht mehr um Verminderung des Gesellschaftsvermögens, nicht um Gewinn und Verlust der Gesellschaft, der Ausfall trifft daher lediglich diejenigen, welche auf die Passivsalden zu ihrer Befriedigung angewiesen sind, also die Inhaber der Aktivsalden. (Anders Hahn, § 5; Cosack, S. 583; Pollitzer, S. 189; Canstein I., S. 599, Note 53.)

§ 5. 2. (Abs. 2.) **Streitigkeiten entscheidet der Richter**, nicht die Liquidatoren, die bloß den Verteilungsplan aufzustellen, aber keine Differenzpunkte zu schlichten haben; der anzustellende Prozeß richtet sich auch nicht gegen die Liquidatoren, sondern gegen die widersprechenden Gesellschafter (ROHG. 5, S. 391). Übrigens ist ein solcher Streit über Einzelpunkte erst jetzt nach beendeter Liquidation zulässig (ROHG. 23, S. 194; RG. bei Puchelt, Anm. 2), vorher nur insoweit, als in die den Liquidatoren zugewiesenen Aufgaben nicht eingegriffen und das Liquidationsergebnis nicht berührt wird (vergl. § 1 zu Art. 141).

§ 6. **Zusatz.** Die schließliche Auseinandersetzung, von welcher das Gesetz hier spricht, hat zur Voraussetzung, daß das Liquidationsgeschäft im übrigen vollständig

Digitized by Google

beendet ist. Die Bestimmung ist aber dispositiv. Den Gesellschaftern bleibt es überlassen, sich schon früher schließlich auseinanderzusetzen, auch wenn das Vermögen noch nicht ganz versilbert ist. Insbesondere wird dies notwendig sein bei uneinziehbaren und unveräußerlichen Außenständen (Keyßner in GZ. 10, S. 381). Aber auch sonst können die Sozien der Liquidation ein gewaltsames Ende bereiten; durch Verkauf des Geschäftes oder Überlassung desselben an einen von ihnen oder durch Naturalteilung des Restes. Dazu bedarf es jedoch immer der Zustimmung aller Sozien. Ohne seine Zustimmung braucht sich kein Gesellschafter anders als in Geld seinen Anteil ausantworten zu lassen (Art. 143). Erfolgt die Überweisung von Forderungen, so greift die Bestimmung des § 1397 ABGB. über Haftung bei entgeltlicher Abtretung Platz (vergl. Hasenöhrl, § 92, Note 34 und die Bemerkungen Zeillers bei Ofner II., S. 73). Daß nach dem HBG. unbedingt für Güte gehaftet werde, war bei der Beratung vorgesehen, ist aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Die Auseinandersetzungsverträge enthalten aber regelmäßig eine derartige gegenseitige Haftung für die übernommenen Außenstände.

Artikel 143.

Wenn ein Gesellschafter Sachen in die Gesellschaft eingebracht hat, welche Eigentum derselben geworden sind, so fallen dieselben bei der Auseinandersetzung nicht an ihn zurück, sondern er erhält den Wert aus dem Gesellschaftsvermögen erstattet, für welchen sie gemäß Übereinkunft übernommen wurden.

Fehlt es an dieser Wertbestimmung, so geschieht die Erstattung nach dem Werte, welchen die Sachen zur Zeit der Einbringung hatten.

Die Vorschrift dieses Artikels hat einen negativen und einen positiven Inhalt:

1. Negativ wird bestimmt, daß der Gesellschafter die von ihm in die Gesellschaft eingebrachten Sachen nicht in natura zurückverlangen darf und sich auch eine Überweisung in natura nicht gefallen zu lassen braucht. § 1.
2. Positiv wird bestimmt, daß der Gesellschafter Erstattung des vertragsmäßig bestimmten, eventuell des objektiven Einbringungswertes verlangen kann. § 2.

Diese Bestimmung bedarf im Interesse der richtigen Anwendung einer Klarstellung.

Von einer Erstattung kann überhaupt nicht gesprochen werden. Es wird vielmehr zunächst nur das Konto des Gesellschafters für den Wert der eingebrachten Gegenstände erkannt (vergl. OLG. Frankfurt in GZ. 37, S. 544). Von dem Endergebnisse der Gesellschaftsgeschäfte und dem Verhalten des Sozius in Ausübung seiner Gesellschaftsrechte hängt es ab, welche Endziffer sein Konto hienach aufweist, ob ein Aktiv- oder ein Passivsaldo für ihn verbleibt. Nur in ersterem Falle besteht ein Anspruch auf Auszahlung, im letzteren Falle hat der Gesellschafter sogar noch zuzuschießen. Der Ausdruck Erstattung ist daher nicht am Platze. Vielmehr müßte es heißen: daß der vertragsmäßig bestimmte oder objektive Einbringungswert dem inferierenden Gesellschafter gutzuschreiben sei.

Aber auch so bedarf die Vorschrift noch der Klarstellung. Sie bedeutet nämlich nicht etwa, wie es den Anschein haben könnte, daß der Gesell-

Digitized by Google

schafter bei der Auseinandersetzung ein unbedingtes Recht darauf hat, daß die von ihm inferierten Sachen im Schlußinventar der Gesellschaft zum Vertragswerte angesetzt werden. (So anscheinend Puchelt, Anm. 2.) Der Gesellschafter hat vielmehr nur einen Anspruch darauf, daß bei Aufstellung seines Kontos zunächst dieser Preis in Ansatz gebracht wird, er muß sich aber selbstverständlich gefallen lassen, daß die Gesellschaft von diesem Werte soviel abschreibt, als der Gegenstand durch Abnutzung an Wert verloren hat. Diese Abschreibung ist Gesellschaftsverlust, mit welchem das Konto der Gesellschafter pro rata belastet wird.

Die Aufstellung der Schlußbilanz erfolgt übrigens im kaufmännischen Verkehre nicht in der Weise, wie sie der Gesetzgeber hier voraussetzt, das heißt selbständig und ohne Anlehnung an den bisherigen Geschäftsstand, sondern sie erfolgt im Gegenteile im Anschluß an die letzte Geschäftsbilanz (vergl. Cosack[6], § 109, 12). In dieser aber erscheinen die inferierten Gegenstände bereits zu dem Vertragspreise, beziehungsweise dem objektiven Werte zur Zeit der Einbringung abzüglich der bisherigen Abnutzung. Der Anteil eines jeden Gesellschafters setzt sich zusammen aus dem Geschäftsanteil, welcher ihm bei der letzten Bilanz vor der Auflösung zukam, vier Prozent jährlichen Zinsen hievon für die Zeit der Liquidation, endlich aus einem Kopfteil des alsdann verbleibenden positiven oder negativen Überschusses. Selbstverständlich kann auch statt des Kopfteiles oder überhaupt im Gesellschaftsvertrage etwas anderes vereinbart werden. Sollen Gewinn und Verlust hienach anders verteilt werden, so hat dies auch auf die Liquidation Bezug (Behrend, § 92, Anm. 25; Cosack a. a. O.; woselbst auch Beispiele angeführt sind; Pollitzer, S. 188).[1])

§ 3. Zusatz 1. Von Gegenständen, die der Gesellschaft bloß zum Gebrauche überlassen sind, handelt das Gesetz nicht. Diese kann er in natura zurückverlangen. Vergl. § 5 zu Art. 131.

Zusatz 2. Der Artikel enthält eine dispositive Vorschrift. Er setzt voraus, daß nach dem Gesellschaftsvertrage ein Erstattungsanspruch besteht (RG. vom 5. November 1895 in JW., S. 601). Vergl. § 2 a. E.

Artikel 144.

Ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft kommen bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander, sowie der Gesellschaft zu dritten Personen, die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnittes zur Anwendung, soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnittes und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergibt.

Der Gerichtsstand, welchen die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung hatte, bleibt bis zur Beendigung der Liquidation für die aufgelöste Gesellschaft bestehen.

[1]) Das HGB. weicht hier in zweifacher Richtung vom bürgerlichen Rechte ab. Nach § 1215 in Verbindung mit § 843 ABGB. ist bei Auflösung von Gesellschaftsverträgen in erster Linie Naturalteilung und erst bei Unmöglichkeit oder Untunlichkeit derselben Geldabfindung der einzelnen Gesellschafter vorgeschrieben. Dieser Geldabfindung wäre aber nicht der vertragsmäßig festgesetzte Einbringungs- oder Schätzungswert, sondern der durch öffentliche Feilbietung ermittelte Verkaufswert zu Grunde zu legen. Das ABGB. geht eben auch hier von dem — dem HGB. fremden — Gedanken aus, dem Verkaufswerte ein größeres Gewicht als dem Schätzungswerte beizulegen (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 380, Note 30).

Digitized by Google

Zustellungen an die Gesellschaft geschehen mit rechtlicher Wirkung an einen der Liquidatoren.

Der Artikel ordnet die Geltung der für die bestehende Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen für die Liquidationsgesellschaft insoweit an, als ausdrückliche Vorschriften oder das Wesen der Liquidation nicht entgegenstehen (Abs. 1). In den Abs. 2 und 3 werden einzelne dieser Bestimmungen besonders hervorgehoben. (Über Abs. 2 siehe unten § 11.)

Die Vorschrift ist deshalb gegeben, damit nicht die absolute Fassung des Art. 123 zu dem Mißverständnisse Anlaß gebe, daß von dem Momente der Auflösung der Gesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften samt und sonders keine Anwendung finden (P. 4542). In der Tat trägt sie insofern zur Klarheit bei. Aber es wäre dieser Zweck vollkommener erreicht worden, wenn diejenigen Vorschriften, welche hienach auf die Liquidationsgesellschaft Anwendung finden, kurz aufgezählt worden wären, anstatt, wie dies im wesentlichen geschehen ist, allgemein auf jene Bestimmungen zu verweisen. Solche Verweisung erinnert an die in neueren Gesetzeswerken im Übermaß beliebte Anordnung „entsprechender Anwendung anderer Vorschriften mit gewissen Maßgaben". Sie ist sonst nicht die Art des HGB., und zur Klarlegung der Vorschrift erscheint eine Aufzählung der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften unter Angabe ihrer Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit unerläßlich. § 1.

Bei Prüfung dieser Anwendbarkeitsfrage ist maßgebend, ob der Geltung der Sozietätsvorschriften in einer ausdrücklichen Liquidationsvorschrift oder im Wesen der Liquidation ein Hindernis entgegensteht.

A. **Allgemeines.** Hienach sind alle Vorschriften auf die Liquidationsgesellschaft anwendbar, soweit ihnen nicht eine ausdrückliche Liquidationsvorschrift oder das Wesen der Liquidation entgegensteht, und zwar nicht bloß alle Vorschriften, welche ausdrücklich für die offene Handelsgesellschaft gegeben sind, sondern alle sonstigen Vorschriften des HGB., welche für die offene Handelsgesellschaft gelten. Mit anderen Worten: Die Liquidationsgesellschaft nimmt im Rechtsverbande die gleiche Stellung ein und unterliegt denselben Rechtsregeln wie die offene Handelsgesellschaft, soweit nicht besondere für sie geltende Vorschriften oder ihr juristisches Wesen abweichende Konsequenzen ergeben.

So besteht die Gemeinsamkeit der Rechte der Sozien fort, und die Liquidatoren können diese Rechte geltend machen, ohne dartun zu müssen, daß die Geltendmachung mit dem Liquidationszwecke in Beziehung stehe (RG. 15, S. 104); dies gilt auch von solchen Rechten, die an die Person geknüpft sind, wie z. B. vom Nießbrauch (RG. 16, S. 2) und umgekehrt von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese können sowohl gegen die einzelnen Gesellschafter, als insbesondere auch gegen die Liquidationsgesellschaft verfolgt werden und unterliegen infolge der Liquidation keiner vorzeitigen Fälligkeit (RG. 5, S. 8; 9, S. 14).

Aber wo ausdrückliche Vorschriften oder das Wesen der Liquidation entgegenstehen, da ändern sich die Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft. So ist **die Liquidationsgesellschaft nicht notwendig als Kaufmann** zu betrachten, sondern nur solange, als sie das Handelsgewerbe in seinem letzten Stadium betreibt; die in diesem Stadium abgeschlossenen Geschäfte sind auf ihrer Seite Handelsgeschäfte; sie hat solange noch Bücher zu führen. Dem Firmenrecht unterliegt sie über dieses Stadium hinaus; doch beruht dies auf der besonderen Vorschrift des Art. 139. Auch die Gesellschafter sind

Digitized by Google

im Stadium der Liquidation nicht notwendig Kaufleute, sondern nur in dem eben bezeichneten Stadium (dagegen AdlCl. 576 [zweite Instanz]). Wenn in den Entscheidungen AdlCl. 1974 und 1977 und in GH. 1897, Nr. 45 der OGH. den Gesellschafter einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft in Bezug auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Konkursordnung über den kaufmännischen Konkurs als einen Kaufmann erklärt hat, dessen Firma ins Handelsregister einzutragen ist, so läßt sich dies wohl in Hinblick auf die Bestimmung des § 192 KO. rechtfertigen.

Prokura kann die Liquidationsgesellschaft nicht erteilen, weil dies dem Wesen der Liquidation entgegensteht (ROHG. 13, S. 224; Randa II., S. 241).

§ 2. B. **Der vorliegende Artikel beschäftigt sich mit der Frage der Anwendbarkeit der in den Abschnitten über die bestehende offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften.** In dieser Hinsicht gilt folgendes:

I. **Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander.**

1. **Art. 90.** Der Artikel gilt auch für die Liquidationsgesellschaft. Das bedeutet, daß diejenigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, welche ersichtlich auch für die liquidierende Gesellschaft gelten sollen, diese Geltung bewahren. Ob aber diejenigen während der Dauer der Gesellschaft getroffenen Abreden, deren Fortgeltung für die liquidierende Gesellschaft nicht ausdrücklich vereinbart ist, diese fortgesetzte Geltung behalten, das richtet sich danach, ob ausdrückliche Liquidationsvorschriften oder das Wesen der Liquidation entgegenstehen, und ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

§ 3. 2. **Art. 91** gilt. Auch während der Liquidation können wirkliche Illationen, namentlich an Geld, vorkommen. Auf diese findet alsdann der Artikel Anwendung (Hahn, § 2).

§ 4. 3. **Art. 92** ist anwendbar. Auch während der Liquidation kann der Gesellschafter zu keiner Erhöhung seiner Einlage verhalten werden. Vergl. aber § 4 zu Art. 137.

§ 5. 4. **Art. 93** ist anwendbar. Auslagen, die der Gesellschafter gemacht hat, insbesondere, wenn er Gesellschaftsschulden auf Grund der Solidarhaft bezahlen mußte, kann er nach Ansicht des ROHG. sofort und unabhängig vom Stande des Liquidationsgeschäftes geltend machen (ROHG. 23, S. 195). Anders RG. 29, S. 16; hier wird unzutreffend der Nachweis verlangt, daß aktives und parates Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Gesellschaftsverpflichtungen vorhanden ist. Gegen dieses besonders von K. Adler, S. 125, gebilligte Erkenntnis, Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 35. Keinesfalls kann der Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter pro rata während der Liquidation klagen, wie dies das ROHG. 12, S. 273 unzutreffend annimmt. Die Argumentation des ROHG. läuft im besten Falle darauf hinaus, daß der Wegfall der Vorschrift, also die Möglichkeit des Anteilsregresses, sich mit dem Wesen der Liquidation wohl verträgt. Allein das ist nicht der entscheidende Gesichtspunkt für die Prüfung. Vielmehr ist, wie in der Einleitung hervorgehoben wurde, die Vorschrift anwendbar, wenn der Geltung für die Liquidationsgesellschaft kein Hindernis entgegensteht. Und der Anwendbarkeit steht kein Hindernis entgegen. Das RG. steht auf dem hier entwickelten Standpunkte (Bolze, Nr. 633).

Belohnung für Besorgung des Liquidationsgeschäftes kann der Gesellschafter nicht fordern (§ 23 zu Art. 137).

Digitized by Google

5. **Art. 94** ist anwendbar (vergl. § 19 zu Art. 137). § 6.
6. **Art. 95** ist anwendbar (vergl. § 4 zu Art. 137).
7. **Art. 96 und 97** sind nicht anwendbar. Aus dem Wesen der Liquidation, die das Aufhören des Handelsgewerbes in sich schließt, folgt die Freiheit von dem Konkurrenzverbot (ROHG. 21, S. 145). Das Konkurrenzverbot besteht jedoch auch während des Liquidationsstadiums solange fort, als die Gesellschaft noch ein Handelsgewerbe betreibt (Randa II., S. 242, N. 194 a). § 7.
8. **Art. 98** ist insofern anwendbar, als der Sozius nicht in der Lage ist, durch Abtretung seines Anteiles den Dritten zum Sozius der Gesellschaft zu machen (Randa II., S. 242). Unterbeteiligung und Anteilsabtretung erzeugen daher im wesentlichen nur Rechte zwischen dem Zedenten und dem Zessionar; doch enthält die Abtretung einen Übergang seiner Rechte auf Bezüge. Diese kann der Zessionar auch gegen die Gesellschaft geltend machen. Das bezieht sich insbesondere auf den zur vorläufigen Verteilung reifen Teil der Liquidationsmasse (vergl. § 1 zu Art. 141; vergl. auch § 6 zu Art. 98).
9. **Art. 99—104** sind nicht anwendbar. Die Geschäftsführer der Liquidationsgesellschaft sind die Liquidatoren. Über die Art, wie sie ihre Geschäftsführungsaufgabe zu erledigen haben und über die Möglichkeit der Entziehung ihrer Befugnisse disponieren die Art. 136, 137, 140, 134 (Hahn, § 2). § 8.
10. **Art. 105** ist anwendbar (Hahn, § 2; Randa II., S. 243, N. 195; a. M. ROHG. 7, S. 71). § 9.
11. **Art. 106** ist anwendbar mit der Maßgabe, daß die Zinsen für die Zeit von der Auflösung bis zur Aufstellung der Schlußbilanz berechnet werden, und zwar von dem letzten Aktivsaldo während des Bestehens der Gesellschaft (vergl. § 2 zu Art. 143).
12. **Art. 107** ist anwendbar, gleichfalls mit der Maßgabe, daß die Konten nur einmal, nämlich am Schlusse der Liquidation, reguliert werden. § 10.
13. **Art. 108.** Abs. 1 ist anwendbar. Auch während der Liquidation kann kein Gesellschafter willkürlich Beträge aus der Gesellschaftskasse entnehmen. Über die Verteilung vorrätiger Gelder disponiert Art. 141.

    Abs. 2 ist anwendbar jedenfalls hinsichtlich der Zinsen, hinsichtlich des Gewinnes modifiziert durch Art. 141 (Hahn, § 2).

    Hinzuzufügen ist, daß die im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Befugnisse zu Entnahmen zum Privatgebrauche, welche ohne ausgesprochene Rücksicht auf die Geschäftsergebnisse erteilt sind, mit dem Aufhören der handeltreibenden Gesellschaft zessieren (ROHG. 25, S. 167).
14. **Art. 109** ist anwendbar. Auch die in Abänderung des Art. 109 im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Gewinn- und Verlustbeteiligungsquoten bleiben maßgebend (vergl. § 2 zu Art. 142).

II. **Die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu dritten Personen**; Vorschriften des dritten Abschnittes. § 11.

1. **Art. 110** ist selbstverständlich nicht anwendbar.
2. **Art. 111.** Abs. 1 gilt auch für die Liquidationsgesellschaft. Die Liquidatoren können unter der Firma der Liquidationsgesellschaft für die Gesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Das Wesen der Liquidation dürfte hier

Digitized by Google

eigentlich entgegenstehen, insofern ja die Liquidationsgesellschaft kein Handelsgewerbe mehr betreibt und daher die Voraussetzung des Firmenrechtes überhaupt (Art. 5, 15), also auch die Grundlage der gemeinschaftlichen Firma für die offene Handelsgesellschaft (Art. 85) fehlt. Allein aus Art. 139 geht hervor, daß das Firmenrecht gleichwohl für die Liquidationsgesellschaft fortgelten soll, und Art. 137 ergibt, daß auch die Liquidationsgesellschaft die gleiche juristische Selbständigkeit genießen soll, wie die offene Handelsgesellschaft.

Abs. 2 ist anwendbar. Überdies schreibt Art. 144, Abs. 2 die Anwendbarkeit ausdrücklich vor. Über die Auslegung dieser Vorschrift vergl. die Erläuterung zu Art. 111, Abs. 2. Dem dort Gesagten ist hinzuzufügen, daß durch diese Vorschrift für die Gesellschaft allerdings kein ausschließlicher Gerichtsstand begründet werden sollte, weshalb daneben die sonstigen Gerichtsstände der Jurisdiktionsnorm gelten, z. B. das forum der Erfüllung nach Maßgabe des § 88 JurN., daß es aber immer ein durch die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft begründeter Gerichtsstand sein muß. Daher kann eine Klage gegen die Liquidationsgesellschaft nicht angestellt werden am Gerichtsstande des Liquidators, ebensowenig wie eine Klage gegen die offene Handelsgesellschaft am Gerichtsstande des offenen Gesellschafters.

§ 12. 3. **Art. 112** ist anwendbar in doppelter Hinsicht: die bisherige Solidarhaft dauert selbstverständlich fort. (ROHG. 5, S. 393; 13, S. 145; AblEl. 377); und ferner entsteht von neuem die Solidarhaft für die von den Liquidatoren neu eingegangenen Verbindlichkeiten (**Behrend**, § 82, Anm. 13). Das ROHG. hat dies letztere zwar verneint (21, S. 47), jedoch zu Unrecht.

4. **Art. 113.** Hier fehlen die Voraussetzungen der Anwendbarkeit.

§ 13. 5. **Art. 114 bis 118** sind nicht anwendbar. Das ist eine der Hauptfolgen der eintretenden Auflösung, daß die gesetzliche Vertretungsbefugnis aufhört (ROHG. 5, S. 390; 9, S. 86; 21, S. 390). Es tritt jetzt die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren ein, für welche die Art. 136, 137, 138, 144, Abs. 3, maßgebend sind, und zwar sofort, da, wenn nichts anderes vereinbart ist, die offene Handelsgesellschaft sich von Gesetzes wegen in eine Liquidationsgesellschaft verwandelt, bei welcher mangels anders gearteter Berufung die bisherigen Gesellschafter die vom Gesetze berufenen Liquidatoren sind (vergl. § 1 zu Art. 133). Es dauert auch nicht etwa, wie v. **Hahn**, § 3, richtig hervorhebt, die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Gesellschafter bis zur Eintragung der Liquidatoren fort, nur daß selbstverständlich die Auflösung der Gesellschaft und damit das Aufhören der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter nur nach Maßgabe des Art. 129, Abs. 5 dem Dritten entgegengehalten werden kann.

§ 14. 6. **Art. 119 bis 121** gelten auch für die liquidierende Gesellschaft. Auch diese hat einen Gesellschaftsfonds, über welchen die einzelnen Gesellschafter weder ganz noch zu ihren Anteilen disponieren können, welcher auch nicht Gegenstand des Zugriffes für ihre Gläubiger sein könnte.

§ 15. 7. **Art. 122** ist auch für die liquidierende Gesellschaft anwendbar. Auch im Laufe der Liquidation kann wegen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft der Konkurs ausbrechen und es greift dann die Subsidiaritätsvorschrift dieses Artikels Platz. (Über ihre Tragweite vergl. die

Digitized by Google

Erläuterung zu Art. 122.) Auch der Konkurs der in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft ist ein kaufmännischer Konkurs (§ 192, Abs. 2 KO.), wenn auch vor faktischer Beendigung der Liquidation die Gesellschaftsfirma (zu Unrecht) aus dem Handelsregister gelöscht wurde (GU. 4840).

Zusatz. Ob auch die Vorschriften des sechsten Abschnittes von der Verjährung analog anwendbar sind, sagt das Gesetz nicht. Sie sind es. Zufolge dieser Analogie beginnt die Solidarhaft aus einer von der Liquidationsfirma kontrahierten Verbindlichkeit von dem Augenblicke ihrer Fälligkeit an zu verjähren (vergl. § 8 zu Art. 146; auch Hahn, § 8, zu Art. 146). § 16.

Artikel 145.

Nach Beendigung der Liquidation werden die Bücher und Schriften der aufgelösten Gesellschaft einem der gewesenen Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermanglung einer gütlichen Übereinkunft durch das Handelsgericht bestimmt.

Die Gesellschafter und deren Rechtsnachfolger behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

Literatur: Delius, Die Aufbewahrung usw. der Handelsbücher, GZ. 46, S. 48.

Einleitung.

Der Artikel gibt Sondervorschriften über die Bücher und Schriften der Gesellschaft nach Beendigung der Liquidation, und zwar 1. über den Ort der Aufbewahrung (Abs. 1) und 2. über die Rechte der Gesellschafter an den aufbewahrten Büchern (Abs. 2).

Diese Vorschrift bezieht sich auf den Fall, **daß die Liquidation durchgeführt** ist, ohne daß die Bücher und Papiere dabei aus dem Besitze der aufgelösten Gesellschaft gekommen sind. Andere Vorschriften greifen Platz, wenn die Liquidation nicht durchgeführt ist oder wenn sie zwar durchgeführt ist, aber ohne daß die Bücher und Papiere sich bei Beendigung der Liquidation noch im Eigentume der Gesellschaft befinden, so z. B. wenn ein Gesellschafter das Geschäft mit den Handlungsbüchern übernimmt oder wenn das Geschäft in irgend einem Stadium an einen Dritten mit den Büchern veräußert wird (vergl. RG. vom 29. März 1899 in JW., S. 307 und RG. bei Links CCCXVIII). Die allgemeine Aufbewahrungspflicht des Art. 33 greift auch hier Platz (vergl. zu Art. 33). Nur die besonderen Vorschriften des vorliegenden Paragraphen greifen in diesem Falle nicht Platz. § 1.

Über die Aufbewahrung der Schriften einer aufgelösten nach bürgerlichem Rechte zu beurteilenden Gesellschaft trifft das ABGB. eine Dispositivvorschrift (§ 844 in Verbindung mit § 1215).

1. (Abs. 1.) **Der Ort der Aufbewahrung**, beziehungsweise die Person des Aufbewahrers wird bestimmt durch Übereinkunft oder durch richterliche Anordnung. § 2.

   a) **Die Übereinkunft.** Wessen Zustimmung zu derselben erforderlich ist, sagt das Gesetz nicht. Zweifellos ist, daß nicht erforderlich ist die Zustimmung desjenigen Liquidators, der nicht Gesellschafter ist. Erforderlich ist eben nur die Zustimmung der Gesellschafter, beziehungsweise ihrer allgemeinen Rechtsnachfolger. Ein Zessionar oder gar ein Assignator dagegen, wie Gareis-Fuchsberger (S. 276, Note 252) im Anschluß an Keyßner (in GZ. 10, S. 398) meinen, braucht nicht zuzustimmen. Das hier ge-

Digitized by Google

währte Stimmrecht ist ein Residuum von Verwaltungsrechten über das Gesellschaftsvermögen, solche sind eben mit dem Gesellschaftsanteil nicht mitübertragen (vergl. Behrend, § 82, Anm. 42; Delius a. a. O., S. 57). Durch Übereinkunft werden die Bücher gewöhnlich dem Geschäftsnachfolger überlassen, sei dies ein Sozius oder ein Dritter. Der Überlassung des Geschäftes mit Aktiven und Passiven wohnt eine solche Übereinkunft stillschweigend inne (ROHG. 19, S. 420). Vergl. § 11 zu Art. 22.

§ 3. b) **Richterliche Anordnung.** Welcher Richter die Anordnung zu treffen hat, ist nicht gesagt. Puchelt (Anm. 3) und Delius (S. 61), erachten einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit für vorliegend und erklären daher den Registerrichter für zuständig; ebenso Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 103; Keyßner (in GZ. 10, S. 397, Anm. 123) meint im Gegenteil, daß nicht etwa der registerführende Richter der bestimmende Richter sei. Behrend (§ 82, Anm. 41) ist der Ansicht, über die Zuständigkeitsfrage entscheide die Beschaffenheit des Falles. Das ist richtig. Über einen von einem Gesellschafter geltend gemachten Anspruch, daß ihm die Bücher in Verwahrung gegeben werden sollen, kann nur im Prozeßwege entschieden werden. Es handelt sich ja um eine Verfügung über Teile des Gesellschaftsvermögens (vergl. Pisko, GH. 1900, Nr. 37, Note 6). Sind die Gesellschafter dagegen darüber einig, daß die Bücher bei einem Dritten verwahrt werden sollen, und können sie sich nur über die Person des Verwahrers nicht einigen, so hat diesen der Registerrichter im offiziosen Verfahren zu bestimmen. Der Liquidator hat an die vom Registerrichter bestimmte Person die Bücher herauszugeben, eventuell kann er von jedem Gesellschafter hierauf verklagt werden (RG. vom 11. April 1896 bei Gruchot 40, S. 1107).[1])

§ 4. 2. (Abs. 2.) **Das Recht der Einsicht und Benutzung.** Die Berechtigten sind hier genannt, anders als im Abs. 1. Doch auch hier sind unter den Rechtsnachfolgern nicht die Zessionare zu verstehen (Behrend, § 82, Anm. 42). Das Benutzungsrecht steht den Gesellschaftern auch in diesem Stadium nur persönlich, aber unter Zuziehung von Sachverständigen zu (Goldschmidt in seiner Zeitschrift 29, S. 377). Das RG. (vom 11. April 1896 bei Gruchot 40, S. 1107) will auch Vertretung zulassen, wenn sonst unbillige Härten entstehen. Im übrigen aber besteht keine Beschränkung. Insbesondere ist auch derjenige Gesellschafter von der Einsicht und Benutzung nicht ausgeschlossen, der selbst, und sei es auch durch seine Unrechtlichkeit, die Auflösung der Gesellschaft verschuldet hat. Auch der Zweck der Einsicht und Benutzung ist gleichgültig; irgend welches rechtliche Interesse braucht nicht dargetan zu werden; es können auch rein persönliche Interessen, etwa die Ausnutzung der Handelsbeziehungen der aufgelösten Gesellschaft, mit der Benutzung verfolgt werden (Pollitzer, S. 190). Auch die Ausbeutung von Fabriksgeheimnissen der Gesellschaft steht dem früheren Gesellschafter frei (GZ. 15, S. 251). Das Recht auf Einsicht und Benutzung kann gegen den widerstrebenden Verwahrer nur im Prozeßwege erzwungen werden, gleichgültig ob der Verwahrer von den Gesellschaftern oder dem Gerichte bestellt wurde (vergl. § 3 zu Art. 40). Kein Gesetz ermächtigt den Richter, hier im offiziosen Wege einzugreifen.

[1]) § 145 des deutschen Reichsgesetzes, betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit, weist die Entscheidung über den Aufbewahrungsort der Bücher einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft dem außerstreitigen Verfahren zu.

Digitized by Google

Zusatz 1. über die Zeit der Aufbewahrung entscheidet Art. 33: Zehn Jahre seit der letzten Eintragung im Stadium der Liquidation (Canstein I., S. 254). § 5.

Zusatz 2. über die Kosten der Aufbewahrung ist nichts gesagt. Dieselben trägt die Gesellschaft. Ein entsprechender Betrag ist daher bei der Verteilung zu reservieren (Delius, S. 67). Die Belohnung des dritten Aufbewahrers richtet sich nach ortüblichen oder sonst angemessenen Sätzen. Kein Dritter und auch kein Gesellschafter braucht die Aufbewahrung zu übernehmen, und erst recht nicht ohne Vorausbezahlung oder Sicherstellung der Kosten. Hat er sie ohne Reservierung und ohne Sicherstellung der Kosten übernommen, so haften ihm die Gesellschafter solidarisch für die Kosten. Denn es liegt ein Akt der Liquidation vor, durch welchen die Liquidatoren die Gesellschafter verpflichten (vergl. § 12 zu Art. 144).

Zusatz 3. Verletzung der Vorschrift hat dieselben öffentlich-rechtlichen Folgen, wie Verletzung aller sonstigen Büchervorschriften, nämlich nur im Falle des Konkurses Bestrafung nach § 486, lit. c und d StG. (Pollitzer, S. 191).

Zusatz 4. über die Löschung der Firma nach Beendigung der Liquidation, vergl. § 10 zu Art. 129 und § 1 zu Art. 133.

Zusatz 5. Findet sich nach Beendigung der Liquidation noch ein der Gesellschaft gehöriges Vermögensstück vor, so ist in der gleichen Weise zu verfahren, wie dies im § 8 zu Art. 245 für die Aktiengesellschaft dargestellt ist. Ist die offene Handelsgesellschaft auch keine juristische Person, so ist sie doch ein parteifähiges Rechtsgebilde, welches solange verklagt werden kann, als ungeteiltes Vermögen vorhanden ist (Art. 147; Hahn, Vorbemerkung § 2 zu Art. 146). Daß Geschäft und Firma veräußert sind, ändert hieran nichts (§§ 16 und 17 zu Art. 137). Vergl. auch Art. 147. § 6.

Sechster Abschnitt.

Von der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter.

Artikel 146.

Die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung aus derselben, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters aus derselben in das Handelsregister eingetragen ist.

Wird die Forderung erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

Einleitung.

Der Artikel enthält eine bei Einzelkaufleuten nicht bestehende **besondere Verjährung für die Klage gegen die Gesellschafter aus Ansprüchen an die Gesellschaft.** Diese Materie wird in der Weise geregelt, daß in Abs. 1 der Gegenstand und die Frist der Verjährung, in Abs. 2 und 3 der Beginn derselben normiert wird.

1. (Abs. 1.) **Gegenstand und Frist der Verjährung.** § 1.

a) **Gegenstand der Verjährung** sind die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft.

Digitized by Google

α) Ausgeschlossen von der Verjährung sind also die Klagen gegen die Gesellschaft selbst (Art. 147).

β) Ausgeschlossen sind ferner die Klagen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (vergl. RG. 8, S. 74).

γ) Getroffen sind eben nur die Klagen Dritter gegen die Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft.

Damit sind alle Ansprüche gemeint, welche auf Grund des Art. 112 die Solidarhaft der Gesellschafter erzeugen. Auf den Rechtsgrund kommt es nicht an. (Vergl. § 4 zu Art. 112.) Auch daß der Gesellschafter selbst für die Gesellschaft gehandelt hat, hindert nicht die Verjährung gegen ihn (RG. 10, S. 47).

Es fällt u. a. hierunter auch der Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters gegen die fortgesetzte Gesellschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben (RG. 7, S. 93), da er ja der fortgesetzten Gesellschaft nach dem Ausscheiden als Dritter gegenübersteht, und aus gleichem Grunde der Anspruch auf Erstattung von Gesellschaftsschulden, welche der ausgeschiedene Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft gezahlt hat (Willenbücher, Anm. 1; vergl. RG. 11, S. 129).

Es fällt ferner darunter die Leistungsklage, welche auf Grund eines gegen die Gesellschaft erwirkten Feststellungsurteiles gegen den einzelnen Gesellschafter angestrengt wird. Auch hier kann die Verjährung als persönlicher Befreiungsgrund geltend gemacht werden. (Anders, wenn der Gesellschafter selbst rechtskräftig verurteilt ist, unten § 3.)

Es fallen endlich auch darunter die von den Liquidatoren kontrahierten Gesellschaftsschulden (vergl. § 16 zu Art. 144), und es macht auch hiebei keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst Liquidator war und gehandelt hat oder nicht.

§ 2. Nicht fallen aber darunter die Regreßansprüche der Gesellschafter gegeneinander auf Grund des Art. 93 (ROHG. 8, S. 247; RG. 7, S. 94), oder auf Grund der Auseinandersetzung (Zahlung des Passivsaldos), oder wegen Eviktionsleistung bei überwiesenen Gesellschaftsgegenständen; aus der Haftbarkeit der Gesellschafter oder der Liquidatoren für mangelnde diligentia; aus unbefugten Entnahmen (zust. Pollitzer, S. 193; Hasenöhrl I., S. 653; Canstein I., S. 491).

Ob darunter auch die Forderungen fallen, die ein Gesellschafter aus selbständigem Rechtsgrunde gegen die Gesellschaft erlangt hat darüber vergl. § 12 ff. zu Art. 112.

§ 3. Es fallen schließlich, da nur Ansprüche gegen die Gesellschaft getroffen sind, nicht solche Ansprüche darunter, die gegen Gesellschafter zufolge eines besonderen Rechtsgrundes bestehen, welcher zu dem die Gesellschaft verpflichtenden hinzutritt. So, wenn ein Gesellschafter die Passiva der Gesellschaft übernommen und diese Übernahme den Gläubigern gegenüber wirksam geworden ist, oder wenn bei einem ausscheidenden Gesellschafter nicht bloß die fortgesetzte Gesellschaft, sondern auch die Sozien für sich das Auseinandersetzungsguthaben übernommen haben (RG. bei Puchelt, Anm. 4; vergl. RG. 11, S. 125); oder wenn es sich um einen Anspruch aus einem Delikt des Gesellschafters handelt; oder aus einem persönlichen

Digitized by Google

Giro, oder wenn der Gesellschafter persönlich verklagt und rechtskräftig verurteilt ist (AdlCl. 943); denn die durch Urteil zuerkannte Forderung verjährt in der ordentlichen Verjährungszeit, wenn sie auch ihrer Natur nach einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegt (Krainz-Ehrenzweig, § 160). Hat sich der Gesellschafter verbürgt für die Gesellschaftsschuld, so kann er die Verjährung ebenfalls nicht vorschützen (vergl. Bolze 11, Nr. 453). Denn er wird in solchem Falle nicht in Anspruch genommen auf Grund seiner gesellschaftlichen Solidarhaft, sondern aus seiner besonders übernommenen Haftung für die Schuld der Gesellschaft. Diese letztere Haftung hat ihre selbständige Verjährung (unrichtig Puchelt, Anm. 6). Hat er Hypothek bestellt für die Gesellschaftsschuld, so gilt dasselbe, und umsomehr dann, wenn bei der Hypothekbestellung ein persönliches Schuldbekenntnis verlautbart wurde. Hat er die Gesellschaftsschuld beim Erwerbe des Gesellschaftsgrundstückes in partem pretii übernommen, so ist auch dies ein selbständiger Verpflichtungsgrund, der ihm den Einwand der Verjährung raubt. (Überall anders Puchelt, Anm. 7.) Voraussetzung der Anwendung dieses Artikels ist immer das wirkliche Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses; der äußere Tatbestand eines solchen genügt nicht (RG. 55, S. 154; vergl. § 7 zu Art. 85).

b) **Die Frist der Verjährung** ist fünf Jahre. Für die Berechnung der fünf- § 4.
jährigen Verjährungsfrist sind die Vorschriften der Landesrechte über Berechnung der Verjährungsfristen maßgebend. Ob nach dem ABGB. Verjährungsfristen nach § 902 oder nach dem Kalender zu berechnen sind, ist bekanntlich bestritten (vergl. statt aller Hasenöhrl I., S. 332, II., S. 617).

Ausgeschlossen sind hiedurch alle längeren Verjährungsfristen.

Vorbehalten ist ausdrücklich die Geltendmachung jeder kürzeren Verjährungsfrist, z. B. bei Schadenersatzansprüchen (§ 1489 ABGB.), Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetz; Forderungen aus Art. 349, 386, 408 HGB.

Die Vergünstigung greift auch dann Platz, wenn während des Bestehens der Gesellschaft eine Verjährung, sei es eine längere oder kürzere, bereits lief und nach der Auflösung, aber vor Ablauf von fünf Jahren, ablief (Makower).

Immer aber handelt es sich um solche kürzere Verjährungsfristen, welche wegen der Beschaffenheit der Forderung gesetzlich eintreten. Die salvatorische Klausel bezieht sich nur auf die aus sachlichen Gründen, also wegen der besonderen Natur einzelner Forderungen bestimmten kürzeren Verjährungsfristen, nicht auf diejenigen Fristen, die etwa in anderen Gesetzen für Forderungen jeder Art gegen frühere Gesellschafter bestimmt wären (P. 265).

2. (Abs. 2 und 3.) **Der Beginn**[1]) **der Verjährung** ist der Tag der Eintragung. § 5.
Eigentümlicherweise ist hier nicht die Publikation entscheidend. Damit die Verjährung beginne, muß also die Auflösung oder Ausschließung oder das Ausscheiden eingetragen sein.

---

[1]) **Das Ende** der Verjährung ergibt sich von selbst. Daß der letzte Tag ein Feiertag oder Sonntag ist, ändert nichts an dem Ablaufe der Frist.

Digitized by Google

a) Die Auflösung, Ausschließung oder das Ausscheiden muß eingetragen sein. Die im § 14 EinfG. und § 204 KO. angeordnete Anmerkung der Konkurseröffnung hat die gleiche rechtliche Wirkung wie die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft. Gegen die vom OGH. bei AdlCl. 2344 gebilligte Ansicht der früheren Auflagen muß daher angenommen werden, daß Art. 146 auch auf den Fall der Auflösung der Gesellschaft infolge Konkurses Anwendung findet, trotzdem das HGB. in diesem Falle die Eintragung der Auflösung nicht vorsieht. In diesem Sinne OGH. vom 27. Juli 1905, ZBl. 1905, Nr. 286 und AmtlS. 869 (SpR. 189); das in dem letzterwähnten Erkenntnisse angeführte Argument, daß für Österreich das EinfG. zum HGB. einen Bestandteil des HGB. bildet, scheint überzeugend (so auch Randa II., S. 264; vergl. auch den anonymen Aufsatz in ZBl. 1901, S. 273).[2])

Ist die Auflösung eingetragen, so läuft die Verjährung auch während des Liquidations- oder Auseinandersetzungsverfahrens (Puchelt, Anm. 11). Doch wird durch jede Abschlagszahlung des Liquidators die Verjährung unterbrochen (§ 2 zu Art. 148).

§ 6. b) Die Eintragung entscheidet. Diese ist unerläßlich; ehe sie erfolgt, beginnt die Verjährung nicht zu laufen (ROHG. 5, S. 82; 8, S. 248). Ist sie aber erfolgt, so kommt es nicht darauf an, ob die Publikation hinzugetreten ist, noch darauf, ob der Gläubiger Kenntnis hatte von der erfolgten Eintragung (RG. 10, S. 45). Insofern ist die Vorschrift eine Ausnahme von der Regel des Art. 129, Abs. 5 (ROHG. 19, S. 21). Daraus folgt, daß auch umgekehrt gegen denjenigen Gläubiger, der von der Auflösung Kenntnis hatte, die Verjährung nicht läuft, solange die Eintragung nicht erfolgt ist (Hahn, § 7).

Um die Verjährung beginnen zu lassen, kann die Eintragung der Auflösung auch in Fällen erfolgen, wo die Errichtung der Gesellschaft selbst nicht registriert war (ROHG. 23, S. 227).

§ 7. c) Der Tag der Eintragung ist maßgebend. Ob er aus der Eintragung hervorgeht oder sonst bewiesen werden kann, ist gleichgültig (ROHG. 20, S. 348). Geht er aus der Eintragung nicht hervor, so hat der, welcher die Verjährung vorschützt, den sonstigen Beweis zu führen (ROHG. 14, S. 256; RG. 4, S. 237). Kann das Datum der Eintragung nicht festgestellt werden, so ist darum die Verjährung noch nicht hinfällig, wenn nur sonst bewiesen werden kann, daß seit der Eintragung mindestens fünf Jahre verflossen sind (ROHG. 20, S. 348).

Der Tag der Eintragung selbst wird nicht mitgezählt, weil in die Gesetzgebung überhaupt das Prinzip übergegangen ist, daß der Tag, an welchem das eine Frist in Lauf setzende Ereignis stattgefunden hat, in die Frist nicht mit einzurechnen sei (RG. 11, S. 44; GlU. 10.198, 11.701; Krainz-Ehrenzweig, § 142, Note 18; vergl. Art. 32, WO., Art. 328 HGB.; § 81, GrdbGes.; § 125 ZPO.; zust. auch Hasenöhrl I., S. 324).

§ 8. d) (Abs. 3.) **Bei später fälligen Forderungen beginnt die Frist mit dem Eintritte der Fälligkeit**, bei kündbaren Forderungen mit Ablauf des Zeitpunktes, zu welchem zuerst gekündigt werden konnte, auch wenn tat-

[2]) Die deutsche Judikatur hat die Anwendung des Art. 146 allerdings auf die in den verschiedenen Einführungsgesetzen zum HGB. angeordnete Eintragung der Konkurseröffnung verneint (vergl. ROHG. 23, S. 232; RG. 35, S. 24; RG. bei SeuffA. 51, Nr. 192).

Digitized by Google

sächlich nicht gekündigt worden ist (ROHG. 23, S. 232; Krainz-Ehrenzweig, § 153; ausdrücklich ausgesprochen in § 73 GenG.). Das Analoge gilt bei Forderungen, die erst später existent werden (RG. 10, S. 46), z. B. wenn ein bisheriger Gesellschafter einem Dritten, welcher die Auflösung nicht kannte, noch zu kennen brauchte, die Gesellschaft obligiert; oder wenn ein Liquidator innerhalb seiner Befugnisse eine Schuld für die Gesellschaft kontrahiert (Hahn, § 8; vergl. § 16 zu Art. 144 in diesem Kommentar). Ist zur Zeit der Eintragung der Auflösung noch ein Rechtsstreit anhängig, so beginnt die fünfjährige Verjährungsfrist der actio judicati (§ 11 EO.) — die eben noch nicht existent ist — erst mit dem Tage der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteiles (AdlCl. 2101).

Zusatz. Weitere Vorschriften über die Verjährung gibt das Gesetz nicht. **§ 9.** Bei der Reichhaltigkeit und Verschiedenheit der über dieses Institut bestehenden landesrechtlichen Vorschriften drängt sich die Frage auf, ob die letzteren ohneweiters platzgreifen. Hahn (§ 2) bejaht dies unter Bezugnahme auf Art. 1 HGB. Dem gegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß in erster Linie das Handelsgesetzbuch in seinem ganzen Umfange, also auch mit allen Konsequenzen, welche sich aus ihm ergeben, gilt (vergl. § 3 zu Art. 1). Es ist daher zunächst zu untersuchen, welcher erkennbare Grundgedanke der in diesem Abschnitte eingefügten Verjährung unterliegt. Wird dies festgestellt, so gelten in erster Linie alle diejenigen Konsequenzen, die sich aus diesem Grundgedanken ergeben, und es sind landesrechtliche Verjährungsvorschriften, die mit diesem Grundgedanken unvereinbar sind, als beseitigt zu betrachten (RG. 10, S. 44), aufrechterhalten aber diejenigen, die sich mit jener ratio vertragen.

Als Grundgedanke aber ist auf Grund der Protokolle und der Gesetzesworte der zu entnehmen, daß Beginn und Dauer der Verjährung bestimmt fixiert und die Wirkung die der endgültigen Befreiung von der Verbindlichkeit sein sollte (RG. 10, S. 44), daß aber im übrigen eine Verjährung mit der Möglichkeit der Unterbrechung, dagegen keine Präklusivfrist eingeführt werden sollte (Gareis-Fuchsberger, S. 276, Note 255).

Hieraus ergibt sich im einzelnen folgendes:

1. Vorschriften der Landesrechte, welche den Beginn der Verjährung **§ 10.** hinausschieben, sind beseitigt. So z. B. § 1489 ABGB., nach welchem die Verjährung einer Klage auf Ersatz eines (nicht durch ein Verbrechen zugefügten) Schadens erst von dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Schaden dem Beschädigten bekannt geworden ist (vergl. RG. 10, S. 44). Denn durch die Vorschrift des Art. 146 hat das Gesetz deutlich zu erkennen gegeben, daß es solche Schwankungen und Zweifel in der Fristberechnung nicht wollte, insbesondere auf die Wissenschaft des Gläubigers und die Möglichkeit der Wahrung seiner Rechte keine Rücksicht nehmen wollte. Dasselbe gilt von der Vorschrift des § 1496 ABGB. (Ausschluß der Verjährung gegen den im Dienst des Staates Abwesenden). § 1475 ABGB. (Rechnung der Verjährungszeit zur Hälfte bei Aufenthalt des Berechtigten außerhalb der Provinz) findet hier überhaupt keine Anwendung, da er sich nur auf die ordentliche, das ist die dreißig- und vierzigjährige Verjährung (§ 1486 ABGB.) bezieht.

   Dagegen wollen Behrend (§ 84, Anm. 10); Randa (II., S. 265, N. 229) den § 1495 ABGB. und die diesem Paragraphen entsprechenden Vorschriften in §§ 524 ff., I., 9, ALR. (Ausschluß der Verjährung zwischen Eheleuten, Eltern und Kindern, Vormund oder Mündel) gelten lassen, indem

Digitized by Google

sie den Unterschied machen, ob es sich um Vorschriften handelt, nach denen mit Rücksicht auf die Person des Gläubigers, auf persönliche Behinderung desselben, Beginn und Lauf der Verjährung gehemmt wird, oder um Vorschriften, nach denen mit Rücksicht auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner die Verjährung ausgeschlossen wird. Allein es erscheint gegenüber der unbedingten Vorschrift des vorliegenden Artikels unangängig, die Verjährung deswegen auszuschließen, weil Gläubiger und Schuldner neben ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger, beziehungsweise haftender Gesellschafter noch andere Beziehungen zueinander haben, die das Schuldverhältnis nichts angehen.

§ 11. 2. Die Wirkung der Verjährung ist die endgültige Befreiung von der Verbindlichkeit. Auch im Wege der Einrede kann der Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden. Der Bürge der offenen Handelsgesellschaft kann sich auf diese Verjährung nicht berufen (Bolze 11, Nr. 453), wohl aber der des persönlich haftenden Gesellschafters, da mit der Erlöschung der Hauptschuld durch Verjährung auch die Bürgschaft erlischt (Hasenöhrl II., S. 280; Krainz-Ehrenzweig, § 310, Note 6). Die Bestimmung des § 1432 ABGB., welche die condictio indebiti bei Zahlung einer verjährten Schuld ausschließt, findet auch hier Anwendung, da diese Bestimmung nicht auf dem Gedanken beruht, daß die Verjährung eine naturalis obligatio zurücklasse (Krainz-Ehrenzweig, § 156).

Wenn nach dem Landesrechte mit dem verjährten Kapital die Zinsen verjähren, so ist das auch nach dem Handelsgesetzbuche der Fall, selbst wenn die Zinsen erst später fällig sein sollten. Eine solche Verjährung der Zinsen wird für das österreichische Recht angenommen — obzwar hierüber Streit besteht (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 50, Note 3) — gilt daher in Österreich auch für das Handelsrecht.

§ 12. 3. **Es ist eine Verjährung, keine Präklusivfrist.** Daraus folgt:

a) **Sie ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen,** sondern ist Sache des Einwandes (§ 1501 ABGB.). Es kann also auch auf sie verzichtet werden. Wo daher die Landesrechte einen solchen Verzicht, wie z. B. ehemals in Preußen gelten lassen, gilt er auch für diese Ansprüche. Wo, wie in Österreich, ein Verzicht auf die Verjährung vor dem Ablaufe der letzteren rechtsungültig (§ 1502 ABGB.), nach dem Ablaufe dagegen gültig ist (so die konstante Praxis des OGH.), sind beide Vorschriften anwendbar (ROHG. 4, S. 377; 6, S. 228; 23, S. 28).

§ 13. b) **Die Verjährung kann unterbrochen werden** (Art. 148). Es gelten daher die landesrechtlichen Unterbrechungsvorschriften (RG. 13, S. 98. AblCl. 2309: Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnisse seitens der Liquidatoren).

Artikel 147.

Ist noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen sucht.

Der Artikel schließt die Verjährung aus bei Klagen, welche die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen bezwecken. Die Vorschrift ist überflüssig, da ja schon aus Art. 146 hervorgeht, daß die Verjährung nur den Gesellschaftern zur Seite steht, insoweit die Befriedigung aus ihrem Privatvermögen nachgesucht wird. Vergl. überdies ROHG. 9, S. 84.

Digitized by Google

Gegen die Gesellschaft laufen die sonst geltenden Verjährungsfristen, also entweder besondere oder die ordentliche Verjährungsfrist von 30 Jahren.

Ungeteiltes Vermögen ist insbesondere solange vorhanden, als Gelder in Gemäßheit des Art. 141, Abs. 2 zurückgehalten sind. Ob die Liquidationsbeendigung eingetragen oder die Firma gelöscht ist, ist unerheblich (vergl. §§ 16 und 17 zu Art. 137, auch § 5 zu Art. 145; vergl. auch GlU. 4840, Frankl, S. 27).

Die Verfolgung gegen die Gesellschaft ist nicht mehr möglich, wenn das Gesellschaftsvermögen beseitigt ist, sei es auch ohne Teilung, etwa durch Überlassung an einen Sozius: es fehlt dann an dem Beklagten.

Artikel 148.

Die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters wird durch Rechtshandlungen nicht unterbrochen, welche gegen die fortbestehende Gesellschaft oder einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden.

Die Verjährung zu Gunsten eines bei der Auflösung einer Gesellschaft zu derselben gehörigen Gesellschafters wird nicht durch Rechtshandlungen gegen einen anderen Gesellschafter, wohl aber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren unterbrochen.

Der Artikel gibt Regeln darüber, gegen wen die Unterbrechungsakte gerichtet sein müssen, damit die Verjährung unterbrochen werde. Einleitung.

Die sonstigen Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung und ihre Wirkung sind dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu entnehmen (RG. 10, S. 44; 13, S. 98; vergl. § 13 zu Art. 146).

Das den Vorschriften dieses Artikels zu Grunde liegende Prinzip ist, daß die Verjährung unterbrochen wird durch Akte[1]) gegen den Gesellschafter selbst, gegen welchen die Klage sich richtet, oder durch Akte gegen die Gesellschaft, welcher er angehört. Daraus ergeben sich ohneweiters die Vorschriften der beiden Absätze.

1. (Abs. 1.) Im Falle des Ausscheidens oder des Ausschlusses eines Gesellschafters wird die Verjährung nur unterbrochen durch eine Klage gegen ihn selbst. Eine Klage gegen die fortgesetzte Gesellschaft berührt seine Rechtssphäre nicht, weil er ihr nach dem Ausscheiden nicht mehr angehört (vergl. dagegen § 74 GenG.). Noch weniger berührt ihn die Klage gegen einen seiner früheren Gesellschafter. Es wird selbstverständlich daran nichts geändert, wenn die fortgesetzte Gesellschaft sich nachträglich auflöst und in Liquidation tritt (RG. 6, S. 36). Der Klage gleich steht die Anmeldung in KO. (§ 8 KO., Randa II., S. 265). § 1.

2. (Abs. 2.) Im Falle der Auflösung der Gesellschaft wird die Verjährung unterbrochen sowohl durch eine Klage gegen den belangten Gesellschafter selbst als durch eine Klage gegen die Liquidatoren.[2]) Selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, daß die Verjährung gegen den Gesellschafter noch nicht abgelaufen ist; eine abgelaufene Verjährung kann nicht mehr unterbrochen werden (ROHG. 9, S. 86). § 2.

[1]) Welcher Art die Akte sein müssen, darüber siehe § 2.
[2]) Nach § 160 d. HGB. auch durch eine Klage gegen die aufgelöste Gesellschaft (vergl. Denkschrift, S. 141).

Digitized by Google

Andererseits ist aber das in diesem Artikel ausgesprochene Prinzip von den „Rechtshandlungen gegen die betreffenden Personen" nicht bloß von prozessualer Geltendmachung des Rechtes zu verstehen, sondern analog auszudehnen auf diejenigen Unterbrechungshandlungen, welche sonst nach bürgerlichem Rechte geeignet sind, die Verjährung zu unterbrechen. Demgemäß sind Abschlagszahlungen und Anerkenntnisse, welche von den Liquidatoren ausgehen, geeignet, die Verjährung gegen jeden einzelnen Gesellschafter zu unterbrechen (RG. 5, S. 9; AdlCl. 2309; Randa II., S. 256).

§ 3. Zusatz. Auch dieser Artikel bezieht sich, wie Art. 146, nur auf die Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter, nicht auf die Regreßansprüche der Gesellschafter untereinander (vergl. § 2 zu Art. 146). Diese bestehen fort und kommen auch in Fällen zur Geltung, wo von mehreren Gesellschaftern der eine bereits durch Verjährung befreit, der andere oder die Gesellschaft noch nicht befreit ist. Der Regreß kann, soweit er überhaupt statthaft ist, auch gegen den durch Verjährung befreiten Gesellschafter geltend gemacht werden. So übt trotz der Verjährung gegen den einen Gesellschafter die gegen die Gesellschafter und die übrigen Gesellschafter fortbestehende Verbindlichkeit ihre Rückwirkung auf den ersteren aus.

Artikel 149.

Die Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter.

§ 36 EinfG. zum HGB.: „In Ansehung der im Art. 149 HGB. enthaltenen Bestimmungen über Verjährung sind unter bevormundeten und juristischen Personen Pflegbefohlene im Sinne des vierten Hauptstückes des ersten Teiles des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und Körperschaften im Sinne des § 1472 ABGB. zu verstehen." Soweit Art. 149 die Hemmung der Verjährung ausschließt, hat er für Österreich nur in Ansehung der pflegebefohlenen Personen Bedeutung und beseitigt hiedurch den Hemmungsgrund des § 1494 ABGB. (Canstein I., S. 493; II., S. 655). Auf juristische Personen bezieht sich § 1494 ABGB. überhaupt nicht (Krainz-Ehrenzweig, § 155) und der in § 1485 ABGB. bezogene § 1472 ABGB., der auch die juristischen Personen erwähnt, ist auf die hier in Rede stehende Verjährung überhaupt nicht anwendbar, da er sich nur auf die ordentliche dreißigjährige Verjährung bezieht (GlU. 1027). Die Erwähnung der juristischen Personen und das Zitat des § 1472 ABGB. in § 36 EinfG. zum HGB. erscheint daher überflüssig (vergl. Randa II., S. 264, Note 228). Der Ausschluß der Wiedereinsetzung gegen die Verjährung ist für das österreichische Recht bedeutungslos (§ 1450 ABGB.). Ausgeschlossen ist aber durch Art. 149 lediglich die unmittelbare Wiedereinsetzung gegen die Wirkung der Verjährung. Die Frage, ob die während eines Prozesses oder nach Beendigung desselben eingetretene Verjährung demjenigen entgegengehalten werden könne, dem nachträglich die Wiederaufnahme des Prozesses bewilligt wurde, ist eine Frage, unter welchen Voraussetzungen durch eine Klage die Verjährung unterbrochen wird, daher nach Landesrecht zu beantworten (vergl. § 13 zu Art. 146). Art. XLVI des EinfG. zur ZPO. ist daher durch Art. 146 in keiner Weise berührt.

Digitized by Google

Der Artikel bestimmt, daß auch minderjährige und juristische Personen die Verjährung gegen sich gelten lassen müssen.

1. Die Bestimmung ist eine Sonderbestimmung und ist nur zu beziehen auf die Fälle des Art. 146, nicht auf andere Verjährungen des HGB., z. B. nicht auf Art. 349, 386, 408. § 1.
2. Inwieweit in solchen Fällen den durch die Verjährung betroffenen Gläubigern ein Regreß gegen die Personen zusteht, denen die Wahrnehmung ihrer Rechte oblag, ist nach bürgerlichem Rechte zu bestimmen. So legt Behrend (§ 84 bei Anm. 21) den Artikel aus (zust. Hahn, Note 1). Puchelt (Anm. 2) nimmt mit Unrecht eine in das bürgerliche Recht eingreifende Bestimmung als gegeben an. Der Ausdruck Vorbehalt spricht zwingend für die erstere Auslegung. § 2.

Zweiter Titel.

Von der Kommanditgesellschaft.[1])

Erster Abschnitt.

Von der Kommanditgesellschaft im allgemeinen.

Artikel 150.

Eine Kommanditgesellschaft ist vorhanden, wenn bei einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen beteiligen (Kommanditisten), während bei einem oder mehreren anderen Gesellschaftern die Beteiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist (persönlich haftende Gesellschafter).

Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Handelsgesellschaft.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung nicht.

Der Artikel gibt Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft (Abs. 1), **bestimmt das Rechtsverhältnis mehrerer haftender Gesellschafter** (Abs. 2) **und die Form des Gesellschaftsvertrages** (Abs. 3). Einleitung.

I. (Abs. 1.) **Die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft** sind der Betrieb eines Handelsgewerbes durch zwei oder mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma, von denen mindestens eine sich nur mit einer Vermögenseinlage und mindestens eine ohne diese Beschränkung beteiligt. § 1.

1. **Für die juristische Konstruktion der Kommanditgesellschaft** ergibt sich aus diesem und den folgenden Artikeln, daß das Gesetz sich die Kommanditgesellschaft als eine modifizierte offene Handelsgesellschaft gedacht hat, als eine Abart derselben und nur unterschieden von ihr durch die beschränkte Haftung der Kommanditisten. Diese beschränkte Haftung der Kommanditisten macht die Vereinigung nicht zur juristischen Person. Sie würde dies tun, wenn sie aufzufassen wäre als sogenannte unpersönliche Haftung, bei welcher der Kommanditist in keiner Weise persönlicher Träger der Verpflichtung wäre. In diesem Falle würde es, um die Annahme § 2.

[1]) Literatur: vergl. Dr. Walter Rothnagel, Beschränkte Haftung (Wien 1900); Bernhard Grosse, Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft (Leipzig 1907).

Digitized by Google

der juristischen Person auszuschließen, nicht, wie Laband in GZ. 30, S. 501, meint, genügen, daß ein anderer Gesellschafter voll und ganz für die Schulden der Gesellschaft einsteht. Das Auskunftsmittel der juristischen Person als Trägerin der gemeinsamen Verpflichtung muß nicht bloß dann herangezogen werden, wenn keines der Mitglieder der Vereinigung für die Schulden persönlich haftet, sondern schon dann, wenn nicht alle Mitglieder persönlich haften, während doch die ganze Vereinigung haften soll. Aber die Kommanditisten sind, wenn auch in begrenzter Weise, persönliche Träger der Verpflichtung. Das ergibt sich nicht nur aus Art. 165, dessen Bestimmungen sich nicht als Haftungen aus rechtswidriger Handlungsweise erklären lassen, sondern auch aus den Vorschriften des Art. 172, aus welchen zu entnehmen ist, daß der Kommanditist auch nach seinem Ausscheiden für die Schulden der Gesellschaft haftet.

Nun findet allerdings, solange als die Einlage des Kommanditisten dem Gesellschaftsvermögen einverleibt ist, eine direkte Klage des Gläubigers gegen ihn nicht statt, während doch bei der zivilrechtlichen Gesellschaft die Klage sich immer gegen die Gesellschafter richtet.

Allein diese Beschränkung beruht darauf, daß bei der Kommanditgesellschaft kraft positiver Vorschrift die Klage des Gläubigers, welcher nur Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erstrebt, gegen die parteifähige Gesellschaft gerichtet werden muß. Das ist kein materieller Unterschied, sondern nur ein formeller.

Die Kommanditgesellschaft ist hienach keine juristische Person, wie dies auch die herrschende Ansicht annimmt (Schwalb in GZ. 34, S. 357; Laband in GZ. 30, S. 503; Behrend, § 86, Anm. 11; Goldschmidt, System, § 42; Kammergericht bei Johow 6, S. 64; RG. 32, S. 399; vergl. auch ROHG. 25, S. 280; Canstein I., S. 442). Für die gewerberechtliche Stellung der Kommanditgesellschaft gelten die Ausführungen im Exkurse zu Art. 85. Der Gesellschafter, der den Befugnisnachweis nach § 13 a, Abs. 5, § 14 e, § 23 a, Abs. 4 GewO. zu erbringen hat, muß natürlich ein persönlich haftender Gesellschafter sein (§ 14 e, Abs. 5).

§ 3. 2. **Die einzelnen Begriffsmerkmale.**

a) **Ein Handelsgewerbe** muß es sein. Hierüber vergl. § 4 zu Art. 85. Daß eine Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes, von welchem nicht die in § 7 EinfG. normierten Steuern zu entrichten sind, keine Kommanditgesellschaft ist, folgt aus § 7, Abs. 2 EinfG. zum HGB. Nach innen könnte sich allerdings auch eine Kleinhandelsgesellschaft als Kommanditgesellschaft konstituieren (vergl. Canstein I., S. 666).

Eine Kommanditgesellschaft zu anderen Zwecken als zu dem des Handelsbetriebes oder zum Betriebe eines Handelsgewerbes, welches nach seiner Steuerpflicht nicht die Vollkaufmannseigenschaft begründet, ist nicht möglich. Denn wenn sich auch nach Zivilrecht eine Gesellschaft mit beschränkter relativer Haftbasis konstruieren läßt[2]), so wäre

[2]) Möglich wäre dies nur auf diese Weise, daß jedem Dritten, mit dem kontrahiert wird, die beschränkte Haftung der einzelnen Mitglieder bekanntgemacht wird. § 1204 ABGB. bezieht sich nach seiner Entstehungsgeschichte (vergl. Zeiller 4, S. 563; Fallitenordnung v. 18. August 1734, 1. Abt., Art. 1, Punkt 1 bis 9) nur auf Handelsgesellschaften, denen das Handelsregister offen steht, ist daher durch das HGB. beseitigt.

Digitized by Google

sie dennoch keine Kommanditgesellschaft im Sinne des HGB., welche unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen, klagen und verklagt werden könnte und alle Eigenschaften der handelsrechtlichen Kommanditgesellschaft hätte.

b) **Unter gemeinschaftlicher Firma.** Diese ist es, welche die Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft macht, zum Unterschiede von der stillen Gesellschaft. Über die Firma der Kommanditgesellschaft siehe Art. 17. Die Verweisung auf diesen Artikel bedeutet jedoch nicht, daß die gewählte Firma dieser Vorschrift entsprechen muß, damit die Kommanditgesellschaft existent werde (vergl. § 5 d zu Art. 85). § 4.

c) **Zwei oder mehrere Personen, von denen mindestens eine sich in unbeschränkter, mindestens eine in beschränkter Weise beteiligt.** § 5.

α) **Zwei oder mehrere Personen.** Eine Maximalgrenze ist nicht festgesetzt. Doch wird bei größeren Vereinigungen die Form der Aktienkommanditgesellschaften vorgezogen.

β) **Mindestens eine Person muß unbeschränkt haften.** Das ist der persönlich haftende Gesellschafter oder Komplementar. Er haftet solidarisch, nicht bloß subsidiär neben der Gesellschaft (ROHG. 24, S. 166). Er ist als Kaufmann zu betrachten und muß daher die Eigenschaft eines solchen haben. Aber er muß nicht bloß Kaufmann sein können, sondern er muß ein Handelsgewerbe unter fremdem Handelsnamen betreiben können. Die Fähigkeit, Komplementar einer Kommanditgesellschaft zu sein, geht parallel mit der Fähigkeit, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zu sein. Vergl. daher § 5 zu Art. 85 über die Einzelfragen (ob eine Ehefrau, eine offene Handelsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft usw. Mitglied einer Kommanditgesellschaft sein kann). § 6.

γ) **Mindestens eine Person muß beschränkt haften mit einer Vermögenseinlage.** Das ist der Kommanditist. Dieser ist nicht Kaufmann (vergl. § 1 zu Art. 4; dazu OLG. Hamburg, SeuffA. 62, Nr. 18 und Ullmann, Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907, S. 567; anders Pappenheim in der Kieler Festgabe für Hänel, S. 145 ff). Kommanditist kann eine Aktiengesellschaft sein (Lehmann, Aktienrecht I., S. 25) aber auch eine offene Handelsgesellschaft; deren Gesellschafter haften zusammen nur bis zum Betrage der Einlage; sie stellen daher unter ihrer Firma einen als Kommanditisten beteiligten Gesellschafter dar. Die Ehefrau kann ohne Einwilligung des Mannes Kommanditistin werden, denn sie wird dadurch nicht Handelsfrau. § 7.

Daß der Kommanditist mit einer Vermögenseinlage beteiligt ist, bedeutet: daß er öffentlich erklärt hat, er wolle bis zu einem bestimmten Betrage die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren tragen helfen. Er handelt dieser Erklärung gemäß, solange er einen dem Werte nach diesem Betrage entsprechenden Vermögensgegenstand dem Gesellschaftsvermögen einverleibt hat. Ist dies nicht der Fall, sei es, daß er die versprochene Einlage nicht gemacht hat oder sie sich wieder hat zurückgeben lassen, so kommt er jener Erklärung dadurch nach, daß er bis zu jenem fixierten Betrage für die Schulden der Gesellschaft einsteht (Art. 165 und 172).

Digitized by Google

Demgemäß entsteht die Kommanditisteneigenschaft nicht erst durch Einwerfung der Einlage, sondern durch die öffentliche Erklärung, daß sich der Gesellschafter mit einer solchen beteiligen wolle.

Es beantwortet sich durch das Gesagte aber gleichzeitig die sehr umstrittene Frage, was als gültige Vermögenseinlage zu betrachten sei, ob nur bares Geld oder auch andere Gegenstände, ob nur Eigentumsübertragungen oder auch Gebrauchsüberlassungen, und endlich, ob auch die Arbeitskraft. Nach außen ist erforderlich und ausreichend, daß die Einlage auf einen bestimmten Betrag fixiert sei. Mit diesem will sich der Kommanditist beteiligen, das heißt, ihn entweder bar einwerfen oder einen Gegenstand einlegen, der ihm im Werte gleichkommt, oder, wenn er dies nicht getan oder sich das Eingelegte hat wiedergeben lassen, für die Schulden der Gesellschaft bis zu diesem Betrage direkt einstehen. Nach innen nun sind Abreden anderer Art statthaft. Aber den Gläubigern haftet der Kommanditist immer dafür, daß in der Tat ein der fixierten Summe entsprechender Betrag in barem Gelde oder sonstigen Werten der Gesellschaft wirklich zugeflossen ist (Denkschrift, S. 111). Zu den sonstigen Werten gehören auch Sachen (RG. 2, S. 306), nicht auch die Arbeitskraft (vergl. auch Makower, S. 323; Canstein I., S. 499; anders Behrend, § 87, Anm. 10; Hahn, § 1; Pollitzer, S. 205; Blaschke-Pitreich, S. 161; Notnagel, S. 66; Staub[8], Anm. 9 zu § 161; Eröffnung eines Warenkredites ist ebenfalls keine Vermögenseinlage (RG. 31, S. 74). Und endlich ist die Frage, ob die Höhe der Einlage des Kommanditisten eine von vornherein bestimmte sein muß, hiemit bejahend zu beantworten (vergl. auch § 162). Übereinstimmend Renaud, S. 121; Wendt bei Endemann I., S. 441; Canstein a. a. O.; Nothnagel, S. 45; während Dernburg, (Preußisches Privatrecht II., § 215) auch die Angaben der Faktoren, nach welchen sich die Einlage allmählich bilden soll, für genügend hält.

§ 8. II. (Abs. 2.) **Das Rechtsverhältnis der mehreren persönlich haftenden Gesellschafter** ist vom Gesetze dahin bestimmt, daß in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Handelsgesellschaft sei. Durch diese unglückliche Fassung hat nur ausgedrückt werden sollen, daß für das Verhältnis der Komplementare untereinander und nach außen die für die mehreren offenen Handelsgesellschafter gegebenen Vorschriften Anwendung finden. Aber es hat das nicht die Bedeutung, daß eine solche Mehrheit von persönlich haftenden Gesellschaftern als besonderes Rechtssubjekt aufzufassen und zu behandeln ist, als eine zweite Gesellschaft mit besonderem Gesellschaftsvermögen und besonderer Firma neben der Kommanditgesellschaft. Eine andere Auffassung ist nicht möglich und in der Tat herrscht darüber auch Einigkeit (vergl. Anschütz und Völderndorff, Nr. II[1]; Hahn, § 4; Behrend, § 86, Anm. 13; Ring, Aktiengesetz, S. 18; Motive der zweiten Instanz bei AdlEl. 1309); es ist daher umso auffallender, daß Gareis-Fuchsberger (S. 284, Note 6), das Gesetz wörtlich interpretierend, sagen: „Sind mehrere Komplementare in der Kommanditgesellschaft, so ist in Bezug auf diese zugleich eine offene Handelsgesellschaft vorhanden, das heißt, die Kommanditgesellschaft ist in diesem Falle dies und offene Handelsgesellschaft zugleich."

Digitized by Google

Wie die mehreren Kommanditisten zueinander und zu den Komplementaren stehen, ist vom Gesetze nicht gesagt. Sie haben unter sich keinen rechtlichen Zusammenhang, haben nur Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft und stehen den Komplementaren als einzelne gegenüber. Durch besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrage können jedoch auch die Kommanditisten zu einem Verbande mit besonderer Organisation vereinigt werden und dadurch können neue Unterarten der Kommanditgesellschaften entstehen. So findet sich das Institut des Verwaltungs- oder Aufsichtsrates auch bei einfachen Kommanditgesellschaften mit erheblicher Zahl von Kommanditisten (Anschütz und Völderndorff, Nr. II[2]; vergl. ROHG. 2, S. 171). Bei solchen Rechtsbildungen spielt eine große Rolle die Frage, inwieweit Mehrheitsbeschlüsse bindend sind und inwieweit ihnen durch Gesellschaftsvertrag bindende Kraft beigelegt werden kann. Eine umfassende Untersuchung dieser Frage ist hier nicht möglich. Der Versuch einer prinzipiellen Formulierung ist von uns bereits bei der offenen Handelsgesellschaft gemacht worden (vergl. § 5 zu Art. 103).

III. (Abs. 3.) **Die Form des Gesellschaftsvertrages.** Der Vertrag bedarf keiner Form (vergl. § 7 zu Art. 85). Denkbar ist auch Abschluß durch konkludente Handlungen, wenn er auch in der Praxis nicht vorkommen wird (Behrend, § 87, Anm. 3). Das Handelsgewerbe muß auf Rechnung aller Gesellschafter geführt werden. Sonst liegt nur der äußere Tatbestand einer Kommanditgesellschaft vor, den diejenigen die ihn gesetzt, gegen sich gelten lassen müssen, auf den sie sich aber Dritten gegenüber nicht berufen können (vergl. § 7 zu Art. 85). Gerade die Form der Kommanditgesellschaft ist besonders dazu geeignet, sich der aus dem Betriebe eines Handelsgewerbes entspringenden unbeschränkten persönlichen Haftung durch Herstellung des Scheines eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Gesellschaftsverhältnisses zu entledigen. § 9.

Artikel 151.

Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist von sämtlichen Gesellschaftern bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung muß enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
2. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Kommanditisten mit der Bezeichnung desselben als solchen;
3. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
4. den Betrag der Vermögenseinlage jedes Kommanditisten.

Die Anmeldung muß von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnet, oder in beglaubigter Form eingereicht werden; sie ist nach ihrem ganzen Inhalte in das Handelsregister einzutragen. Bei der Bekanntmachung der Kommanditgesellschaft in den öffentlichen Blättern (Art. 13) unterbleibt die Angabe der Namen, des Standes und des Wohnortes der Kommanditisten, sowie die Angabe des Betrages ihrer Vermögenseinlagen.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel enthält rechtspolizeiliche Vorschriften über die Anmeldung der Gesellschaftsverhältnisse zum Register. Abs. 1 bestimmt das Ge-

Digitized by Google

richt, bei welchem die Anmeldung zu bewirken ist, Abs. 2 den Inhalt der Anmeldung, Abs. 3 die Anmeldungspflichtigen und die Form der Anmeldung, der Eintragung und der Publikation.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Das Gericht, bei welchem die Anmeldung zu bewirken ist,** ist das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Der Sitz der Gesellschaft ist der Ort der Zentralleitung des Geschäftes. Die Gesellschafter können auch nicht einen beliebigen Ort als Sitz der Gesellschaft anmelden. Von wo in Wahrheit die Zentralleitung ausgeht, da ist der Sitz der Gesellschaft (vergl. § 2 zu Art. 86).

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Der Inhalt der Anmeldung** entspricht im großen und ganzen der korrespondierenden Vorschrift für die offene Handelsgesellschaft im Art. 86. Nur in zwei Punkten unterscheidet sich die vorliegende Vorschrift von jener:

a) Es ist nicht vorgeschrieben, daß der Beginn der Gesellschaft einzutragen ist. Er ist daher nicht zu registrieren (Art. 12).

b) Es ist nicht vorgeschrieben, daß das Vertretungsverhältnis der Gesellschafter einzutragen sei. Bei den Kommanditisten erledigt sich die Vorschrift dadurch, daß sie nicht vertretungsberechtigt sind. Die Komplementare aber können nach Art. 150, Abs. 2, auch von der Vertretung ausgeschlossen oder kollektiv vertretungsberechtigt sein. Alsdann greift die Vorschrift des Art. 86, Nr. 4 Platz (vergl. die Erläuterung, § 2, zu Art. 86).

c) Als Betrag der Vermögenseinlage muß eine bestimmte Summe eingetragen werden (Hahn, § 4).

§ 3. 3. (Abs. 3.) **Die Anmeldungspflichtigen und die Form der Anmeldung, der Eintragung und der Publikation.**

a) **Die Anmeldungspflichtigen sind sämtliche Gesellschafter,** auch die Kommanditisten. Doch ist nur gegen die Komplementäre ein Zwang vorgesehen (Art. 154). Für die Kommanditisten besteht ein indirekter, aber sehr scharfer Zwang in der sie sonst treffenden unbeschränkten Haftung nach Art. 163, Abs. 3. Weigern sich die Kommanditisten trotzdem, die Anmeldung zu bewirken, so steht den Komplementaren die Zivilklage gegen sie zu, wie auch umgekehrt. Gegen solche Klage ist nicht der Einwand zulässig, daß Kläger seiner Einlagepflicht nicht genügt habe, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt.

b) **Die Form der Anmeldung** und der Eintragung ist die regelmäßige.

c) **Die Publikation** erstreckt sich nicht auf die Person des Kommanditisten und die Höhe der Vermögenseinlage. Zwar ist die Vorschrift im Interesse der Beteiligten gegeben, doch ist sie kategorisch. Die Bekanntmachung kann daher selbst auf Antrag diese Punkte nicht enthalten (P. 1098). Die Eintragung aber erfolgt vollständig (vergl. zu b).

§ 4. **Zusatz 1.** Erwähnt ist hier die Eintragung der Gesellschaftsverhältnisse bei Begründung. Eine Kommanditgesellschaft kann aber auch nachträglich eingetragen werden, ja sogar nach ihrer Auflösung. (Für die offene Handelsgesellschaft ausgesprochen vom ROHG. 23, S. 227.) Daß die Kommanditgesellschaft vor Beginn ihres Gewerbebetriebes nicht ins Handelsregister eingetragen werden kann, ist mit Unrecht in AdlCl. 1535 ausgesprochen. Das Bestehen einer Kommanditgesellschaft ist allerdings davon abhängig, daß die vom gesellschaftlichen Unternehmen entrichteten Steuern das im § 7 EinfG. bestimmte Maß erreichen. Dies läßt sich aber nicht bloß aus der bereits erfolgten Steuervorschreibung, sondern auch aus anderen Momenten, z. B. der Höhe der Einlagen, dem Inhalte der Konzessionsurkunde usw., feststellen (vergl. § 3 zu Art. 12).

Digitized by Google

Zusatz 2. Die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung. § 5.

a) Die Anmeldung überhaupt ist zwar nicht eine Existenzbedingung für die Kommanditgesellschaft: eine Kommanditgesellschaft kann auch ohne Eintragung bestehen. Aber die Kommanditisten haben ein erhebliches Interesse an der Eintragung, weil bis dahin ihre beschränkte Haftung nur gegenüber denjenigen Personen gilt, welche davon Wissenschaft haben (Art. 163, Abs. 3).

b) Die Eintragung der Vermögenseinlage insbesondere hat die Bedeutung, daß der Umfang der Haftung dadurch für jeden Dritten festgestellt wird (RG. 17, S. 40). Jeder Dritte kann sich auf diese Eintragung berufen, und umgekehrt kann sich der Kommanditist jedem Dritten gegenüber auf sie berufen. Mit der äußeren Haftung braucht sich das innere Beteiligungsverhältnis nicht zu decken. Doch ist dies im Zweifel als Willensmeinung anzusehen.

Artikel 152.

Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Kommanditgesellschaft eine Zweigniederlassung hat, muß dies behufs der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die Anmeldung muß die in Art. 151, Ziffer 1—4 bezeichneten Angaben enthalten und von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden.

Der Artikel bestimmt die Anmeldung der Zweigniederlassung der Kommanditgesellschaft.

1. Sie ist zu bewirken von den persönlich haftenden Gesellschaftern, nicht auch von den Kommanditisten. Nur gegen erstere richtet sich der Zwang (Art. 154), die letzteren haben jedoch ein Klagerecht auf die Bewirkung der Anmeldung gegen die Komplementare.
2. Die Anmeldung kann erst bewirkt werden, wenn die Hauptniederlassung eingetragen ist. Vorher kann sie nicht erfolgen und darf sie nicht verlangt werden. Art. 21, Abs. 3, ist hier anwendbar (P. 4661).
3. Die Unterlassung der Eintragung hat nicht die persönliche Haftung der Kommanditisten nach Art. 163 zur Folge (vergl. § 1 zu Art. 163). Es ist also eine reine Ordnungsvorschrift.
4. Auf inländische Zweigniederlassungen ausländischer Kommanditgesellschaften ist das in § 4 zu Art. 86 Gesagte analog anwendbar.

Artikel 153.

Die persönlich haftenden Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, und vor jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk sie eine Zweigniederlassung hat, zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

1. Die Vorschrift ist analog dem Art. 88, auf dessen Erläuterung verwiesen wird.
2. Dabei wird nur darauf aufmerksam gemacht, daß nur die vertretungsberechtigten Komplementäre die Firma vor dem Handelsgerichte zu zeichnen

Digitized by Google

haben, nicht auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Komplementäre, und noch weniger die Kommanditisten.

Nur die Anmeldung ist von allen Gesellschaftern zu bewirken.

3. Die Anmeldung kann auch durch einen Bevollmächtigten geschehen, die Zeichnung nicht (vergl. §§ 2 und 3 zu Art. 19).
4. Zu unterscheiden von dieser Firmenzeichnung vor dem Handelsgerichte ist die Frage, wie die vertretungsberechtigten Komplementare im Handel die Firma zu zeichnen haben. Hierüber ist auch hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, keine, auch keine Ordnungsvorschrift gegeben. Sie wird daher gezeichnet mit oder ohne Beifügung des Personennamens, nach Wahl des Zeichnenden (vergl. § 3 zu Art. 88).

Artikel 154.

Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung der in den Art. 151, 152 und 153 enthaltenen Vorschriften von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

1. Die Vorschrift ist analog dem Art. 89. Vergl. die Erläuterung dazu.
2. Der Zwang richtet sich lediglich gegen die persönlich haftenden Gesellschafter. Diese haben gegen die Kommanditisten, deren Mitwirkung ja zur gültigen Anmeldung gehört, nur ein Klagerecht (vergl. § 3 zu Art. 151). Wegen Art. 163, Abs. 3, haben aber gerade die Kommanditisten das erheblichste Interesse an der Eintragung.

Artikel 155.

Wenn die Firma einer bestehenden Kommanditgesellschaft geändert, oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt wird, so sind diese Tatsachen von sämtlichen Gesellschaftern in der durch Art. 151 bestimmten Weise behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung dieser Anordnung von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Bei der Bekanntmachung kommt in Betreff der Kommanditisten die Vorschrift des Art. 151 zur Anwendung.

Die Wirkung gegen Dritte richtet sich nach den Bestimmungen des Art. 25.

1. Die Vorschrift entspricht im allgemeinen der des Art. 87.
2. Anscheinend sind nicht alle Veränderungen der ursprünglichen Eintragung anzumelden, nämlich nicht:
   a) Das Austreten des Komplementars,
   b) das Austreten des Kommanditisten,
   c) das Eintreten neuer Komplementare,
   d) die Veränderung in der Vertretungsbefugnis der Komplementare.

   Zu a ergibt sich aber aus Art. 129 und 150, 150, Abs. 2; Abs. 2 das Erfordernis der Anmeldung; zu b aus Art. 171; zu c aus Art. 87 und zu d aus Art. 150, Abs. 2. Auch in diesen Fällen richtet sich der Zwang gegen die Komplementäre, indem dies in analoger Anwendung von

Digitized by Google

Art. 154 und 155 als Wille des Gesetzes anzunehmen ist (anders Schultze-Görlitz, S. 167).

Artikel 156.

Wenn in eine bestehende Kommanditgesellschaft ein neuer Kommanditist eintritt, so muß dies von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister und zur Bekanntmachung nach den Bestimmungen des Art. 151 angemeldet werden.

1. Die Vorschrift beruht auf Art. 98, weil sämtliche Gesellschafter zustimmen müssen, wenn jemand seinen Anteil abtritt.
2. Dem Eintritte eines neuen Kommanditisten steht die Erhöhung einer Einlage gleich. Auch diese muß eingetragen werden (ROHG. 25, S. 117). Es ergibt sich das aus Art. 171, Abs. 1. Denn da die Verminderung der Einlage eingetragen werden muß, so könnte dieser Artikel dann nicht angewendet werden, wenn die Verminderung sich auf die inzwischen erhöhten Einlagen bezieht. Unter der Erhöhung der Einlage ist eine Vergrößerung der ursprünglich fixierten Ziffer gemeint. Nicht gemeint sind die Zuschreibungen an Zinsen und Gewinn zur ursprünglichen oder verminderten Einlage, welche nach Art. 106, 107 geschehen (Förtsch, Anm. 3); vergl. § 4 zu Art. 161.
3. Die Ordnungsstrafe des Art. 154 kommt auch hier zur Anwendung, obwohl das nicht gesagt ist. Sie richtet sich auch hier nur gegen die Komplementare. Das folgt aus der Zitierung des Art. 151 in Verbindung mit Art. 154; dagegen Schultze-Görlitz, S. 168, 169, der gar keinen Zwang hier zuläßt.

Artikel 157.

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die gesetzlichen Bestimmungen über das Rechtsverhältnis der offenen Gesellschafter untereinander auch hier zur Anwendung, jedoch mit den Abweichungen, welche die nachfolgenden Artikel (158 bis 162) ergeben.

Einleitung.

Der Artikel bestimmt, was für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander Rechtens sein soll: zunächst die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, sodann die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen, jedoch mit den Abweichungen der folgenden Art. 158 bis 162.

§ 1.

1. In erster Linie greift Platz der Gesellschaftsvertrag, das heißt alles, was bei der Gründung oder später für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter vereinbart ist, auch wenn es von dem abweicht, was nach außen gelten soll.

   So können nach innen Gewinn und Verlust beliebig festgestellt werden; ja es kann auch bestimmt werden, daß der Kommanditist nach innen unbeschränkt haftet; es kann eine Ergänzung der durch den Verlust verminderten Einlage vereinbart oder es kann vereinbart werden, daß der neu eintretende Kommanditist keinen Anteil an den vor seinem Eintritt entstandenen Sozietätsschulden haben solle; es können Entnahmen fixiert oder ausgeschlossen sein; die Geschäftsleitung kann ganz dem Kommanditisten übertragen werden (Bolze 11, Nr. 466; vergl. RG. 31, S. 72) usw.

Digitized by Google

der juristischen Person auszuschließen, nicht, wie Laband in GZ. 30, S. 501, meint, genügen, daß ein anderer Gesellschafter voll und ganz für die Schulden der Gesellschaft einsteht. Das Auskunftsmittel der juristischen Person als Trägerin der gemeinsamen Verpflichtung muß nicht bloß dann herangezogen werden, wenn keines der Mitglieder der Vereinigung für die Schulden persönlich haftet, sondern schon dann, wenn nicht alle Mitglieder persönlich haften, während doch die ganze Vereinigung haften soll. Aber die Kommanditisten sind, wenn auch in begrenzter Weise, persönliche Träger der Verpflichtung. Das ergibt sich nicht nur aus Art. 165, dessen Bestimmungen sich nicht als Haftungen aus rechtswidriger Handlungsweise erklären lassen, sondern auch aus den Vorschriften des Art. 172, aus welchen zu entnehmen ist, daß der Kommanditist auch nach seinem Ausscheiden für die Schulden der Gesellschaft haftet.

Nun findet allerdings, solange als die Einlage des Kommanditisten dem Gesellschaftsvermögen einverleibt ist, eine direkte Klage des Gläubigers gegen ihn nicht statt, während doch bei der zivilrechtlichen Gesellschaft die Klage sich immer gegen die Gesellschafter richtet.

Allein diese Beschränkung beruht darauf, daß bei der Kommanditgesellschaft kraft positiver Vorschrift die Klage des Gläubigers, welcher nur Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erstrebt, gegen die parteifähige Gesellschaft gerichtet werden muß. Das ist kein materieller Unterschied, sondern nur ein formeller.

Die Kommanditgesellschaft ist hienach keine juristische Person, wie dies auch die herrschende Ansicht annimmt (Schwalb in GZ. 34, S. 357; Laband in GZ. 30, S. 503; Behrend, § 86, Anm. 11; Goldschmidt, System, § 42; Kammergericht bei Johow 6, S. 64; RG. 32, S. 399; vergl. auch ROHG. 25, S. 280; Canstein I., S. 442). Für die gewerberechtliche Stellung der Kommanditgesellschaft gelten die Ausführungen im Exkurse zu Art. 85. Der Gesellschafter, der den Befugnisnachweis nach § 13 a, Abs. 5, § 14 e, § 23 a, Abs. 4 GewO. zu erbringen hat, muß natürlich ein persönlich haftender Gesellschafter sein (§ 14 c, Abs. 5).

§ 3. 2. **Die einzelnen Begriffsmerkmale.**

a) **Ein Handelsgewerbe** muß es sein. Hierüber vergl. § 4 zu Art. 85. Daß eine Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes, von welchem nicht die in § 7 EinfG. normierten Steuern zu entrichten sind, keine Kommanditgesellschaft ist, folgt aus § 7, Abs. 2 EinfG. zum HGB. Nach innen könnte sich allerdings auch eine Kleinhandelsgesellschaft als Kommanditgesellschaft konstituieren (vergl. Canstein I., S. 666).

Eine Kommanditgesellschaft zu anderen Zwecken als zu dem des Handelsbetriebes oder zum Betriebe eines Handelsgewerbes, welches nach seiner Steuerpflicht nicht die Vollkaufmannseigenschaft begründet, ist nicht möglich. Denn wenn sich auch nach Zivilrecht eine Gesellschaft mit beschränkter relativer Haftbasis konstruieren läßt[2]), so wäre

[2]) Möglich wäre dies nur auf diese Weise, daß jedem Dritten, mit dem kontrahiert wird, die beschränkte Haftung der einzelnen Mitglieder bekanntgemacht wird. § 1204 ABGB. bezieht sich nach seiner Entstehungsgeschichte (vergl. Zeiller 4, S. 563; Fallitenordnung v. 18. August 1734, 1. Abt., Art. 1, Punkt 1 bis 9) nur auf Handelsgesellschaften, denen das Handelsregister offen steht, ist daher durch das HGB. beseitigt.

Digitized by Google

sie dennoch keine Kommanditgesellschaft im Sinne des HGB., welche unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen, klagen und verklagt werden könnte und alle Eigenschaften der handelsrechtlichen Kommanditgesellschaft hätte.

b) **Unter gemeinschaftlicher Firma.** Diese ist es, welche die Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft macht, zum Unterschiede von der stillen Gesellschaft. Über die Firma der Kommanditgesellschaft siehe Art. 17. Die Verweisung auf diesen Artikel bedeutet jedoch nicht, daß die gewählte Firma dieser Vorschrift entsprechen muß, damit die Kommanditgesellschaft existent werde (vergl. § 5 d zu Art. 85). § 4.

c) **Zwei oder mehrere Personen, von denen mindestens eine sich in unbeschränkter, mindestens eine in beschränkter Weise beteiligt.** § 5.

α) **Zwei oder mehrere Personen.** Eine Maximalgrenze ist nicht festgesetzt. Doch wird bei größeren Vereinigungen die Form der Aktienkommanditgesellschaften vorgezogen.

β) **Mindestens eine Person muß unbeschänkt haften.** Das ist der persönlich haftende Gesellschafter oder Komplementar. Er haftet solidarisch, nicht bloß subsidiär neben der Gesellschaft (ROHG. 24, S. 166). Er ist als Kaufmann zu betrachten und muß daher die Eigenschaft eines solchen haben. Aber er muß nicht bloß Kaufmann sein können, sondern er muß ein Handelsgewerbe unter fremdem Handelsnamen betreiben können. Die Fähigkeit, Komplementar einer Kommanditgesellschaft zu sein, geht parallel mit der Fähigkeit, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zu sein. Vergl. daher § 5 zu Art. 85 über die Einzelfragen (ob eine Ehefrau, eine offene Handelsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft usw. Mitglied einer Kommanditgesellschaft sein kann). § 6.

γ) **Mindestens eine Person muß beschänkt haften mit einer Vermögenseinlage.** Das ist der Kommanditist. Dieser ist nicht Kaufmann (vergl. § 1 zu Art. 4; dazu OLG. Hamburg, SeuffA. 62, Nr. 18 und Ullmann, Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907, S. 567; anders Pappenheim in der Kieler Festgabe für Hänel, S. 145 ff). Kommanditist kann eine Aktiengesellschaft sein (Lehmann, Aktienrecht I., S. 25) aber auch eine offene Handelsgesellschaft; deren Gesellschafter haften zusammen nur bis zum Betrage der Einlage; sie stellen daher unter ihrer Firma einen als Kommanditisten beteiligten Gesellschafter dar. Die Ehefrau kann ohne Einwilligung des Mannes Kommanditistin werden, denn sie wird dadurch nicht Handelsfrau. § 7.

Daß der Kommanditist mit einer Vermögenseinlage beteiligt ist, bedeutet: daß er öffentlich erklärt hat, er wolle bis zu einem bestimmten Betrage die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren tragen helfen. Er handelt dieser Erklärung gemäß, solange er einen dem Werte nach diesem Betrage entsprechenden Vermögensgegenstand dem Gesellschaftsvermögen einverleibt hat. Ist dies nicht der Fall, sei es, daß er die versprochene Einlage nicht gemacht hat oder sie sich wieder hat zurückgeben lassen, so kommt er jener Erklärung dadurch nach, daß er bis zu jenem fixierten Betrage für die Schulden der Gesellschaft einsteht (Art. 165 und 172).

Digitized by Google

Demgemäß entsteht die Kommanditistseneigenschaft nicht erst durch Einwerfung der Einlage, sondern durch die öffentliche Erklärung, daß sich der Gesellschafter mit einer solchen beteiligen wolle.

Es beantwortet sich durch das Gesagte aber gleichzeitig die sehr umstrittene Frage, was als gültige Vermögenseinlage zu betrachten sei, ob nur bares Geld oder auch andere Gegenstände, ob nur Eigentumsübertragungen oder auch Gebrauchsüberlassungen, und endlich, ob auch die Arbeitskraft. Nach außen ist erforderlich und ausreichend, daß die Einlage auf einen bestimmten Betrag fixiert sei. Mit diesem will sich der Kommanditist beteiligen, das heißt, ihn entweder bar einwerfen oder einen Gegenstand einlegen, der ihm im Werte gleichkommt, oder, wenn er dies nicht getan oder sich das Eingelegte hat wiedergeben lassen, für die Schulden der Gesellschaft bis zu diesem Betrage direkt einstehen. Nach innen nun sind Abreden anderer Art statthaft. Aber den Gläubigern haftet der Kommanditist immer dafür, daß in der Tat ein der fixierten Summe entsprechender Betrag in barer Gelde oder sonstigen Werten der Gesellschaft wirklich zugeflossen ist (Denkschrift, S. 111). Zu den sonstigen Werten gehören auch Sachen (RG. 2, S. 306), nicht auch die Arbeitskraft (vergl. auch Makower, S. 323; Canstein I., S. 499; anders Behrend, § 87, Anm. 10; Hahn, § 1; Pollitzer, S. 205; Blaschke-Pitreich, S. 161; Notnagel, S. 66; Staub[8], Anm. 9 zu § 161; Eröffnung eines Warenkredites ist ebenfalls keine Vermögenseinlage (RG. 31, S. 74). Und endlich ist die Frage, ob die Höhe der Einlage des Kommanditisten eine von vornherein bestimmte sein muß, hiemit bejahend zu beantworten (vergl. auch § 162). Übereinstimmend Renaud, S. 121; Wendt bei Endemann I., S. 441; Canstein a. a. O.; Nothnagel, S. 45; während Dernburg, (Preußisches Privatrecht II., § 215) auch die Angaben der Faktoren, nach welchen sich die Einlage allmählich bilden soll, für genügend hält.

§ 8. II. (Abs. 2.) **Das Rechtsverhältnis der mehreren persönlich haftenden Gesellschafter** ist vom Gesetze dahin bestimmt, daß in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Handelsgesellschaft sei. Durch diese unglückliche Fassung hat nur ausgedrückt werden sollen, daß für das Verhältnis der Komplementare untereinander und nach außen die für die mehreren offenen Handelsgesellschafter gegebenen Vorschriften Anwendung finden. Aber es hat das nicht die Bedeutung, daß eine solche Mehrheit von persönlich haftenden Gesellschaftern als besonderes Rechtssubjekt aufzufassen und zu behandeln ist, als eine zweite Gesellschaft mit besonderem Gesellschaftsvermögen und besonderer Firma neben der Kommanditgesellschaft. Eine andere Auffassung ist nicht möglich und in der Tat herrscht darüber auch Einigkeit (vergl. Anschütz und Völderndorff, Nr. II[1]; Hahn, § 4; Behrend, § 86, Anm. 13; Ring, Aktiengesetz, S. 18; Motive der zweiten Instanz bei AdlCl. 1309); es ist daher umso auffallender, daß Gareis-Fuchsberger (S. 284, Note 6), das Gesetz wörtlich interpretierend, sagen: „Sind mehrere Komplementare in der Kommanditgesellschaft, so ist in Bezug auf diese zugleich eine offene Handelsgesellschaft vorhanden, das heißt, die Kommanditgesellschaft ist in diesem Falle dies und offene Handelsgesellschaft zugleich."

Digitized by Google

Wie die mehreren Kommanditisten zueinander und zu den Komplementaren stehen, ist vom Gesetze nicht gesagt. Sie haben unter sich keinen rechtlichen Zusammenhang, haben nur Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft und stehen den Komplementaren als einzelne gegenüber. Durch besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrage können jedoch auch die Kommanditisten zu einem Verbande mit besonderer Organisation vereinigt werden und dadurch können neue Unterarten der Kommanditgesellschaften entstehen. So findet sich das Institut des Verwaltungs- oder Aufsichtsrates auch bei einfachen Kommanditgesellschaften mit erheblicher Zahl von Kommanditisten (Anschütz und Völderndorff, Nr. II²; vergl. ROHG. 2, S. 171). Bei solchen Rechtsbildungen spielt eine große Rolle die Frage, inwieweit Mehrheitsbeschlüsse bindend sind und inwieweit ihnen durch Gesellschaftsvertrag bindende Kraft beigelegt werden kann. Eine umfassende Untersuchung dieser Frage ist hier nicht möglich. Der Versuch einer prinzipiellen Formulierung ist von uns bereits bei der offenen Handelsgesellschaft gemacht worden (vergl. § 5 zu Art. 103).

III. (Abs. 3.) **Die Form des Gesellschaftsvertrages.** Der Vertrag bedarf keiner Form (vergl. § 7 zu Art. 85). Denkbar ist auch Abschluß durch konkludente Handlungen, wenn er auch in der Praxis nicht vorkommen wird (Behrend, § 87, Anm. 3). Das Handelsgewerbe muß auf Rechnung aller Gesellschafter geführt werden. Sonst liegt nur der äußere Tatbestand einer Kommanditgesellschaft vor, den diejenigen die ihn gesetzt, gegen sich gelten lassen müssen, auf den sie sich aber Dritten gegenüber nicht berufen können (vergl. § 7 zu Art. 85). Gerade die Form der Kommanditgesellschaft ist besonders dazu geeignet, sich der aus dem Betriebe eines Handelsgewerbes entspringenden unbeschränkten persönlichen Haftung durch Herstellung des Scheines eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Gesellschaftsverhältnisses zu entledigen. § 9.

Artikel 151.

Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist von sämtlichen Gesellschaftern bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung muß enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
2. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Kommanditisten mit der Bezeichnung desselben als solchen;
3. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
4. den Betrag der Vermögenseinlage jedes Kommanditisten.

Die Anmeldung muß von allen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgerichte unterzeichnet, oder in beglaubigter Form eingereicht werden; sie ist nach ihrem ganzen Inhalte in das Handelsregister einzutragen. Bei der Bekanntmachung der Kommanditgesellschaft in den öffentlichen Blättern (Art. 13) unterbleibt die Angabe der Namen, des Standes und des Wohnortes der Kommanditisten, sowie die Angabe des Betrages ihrer Vermögenseinlagen.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel enthält rechtspolizeiliche Vorschriften über die Anmeldung der Gesellschaftsverhältnisse zum Register. Abs. 1 bestimmt das Ge-

Digitized by Google

richt, bei welchem die Anmeldung zu bewirken ist, Abs. 2 den Inhalt der Anmeldung, Abs. 3 die Anmeldungspflichtigen und die Form der Anmeldung, der Eintragung und der Publikation.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Das Gericht, bei welchem die Anmeldung zu bewirken ist,** ist das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Der Sitz der Gesellschaft ist der Ort der Zentralleitung des Geschäftes. Die Gesellschafter können auch nicht einen beliebigen Ort als Sitz der Gesellschaft anmelden. Von wo in Wahrheit die Zentralleitung ausgeht, da ist der Sitz der Gesellschaft (vergl. § 2 zu Art. 86).

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Der Inhalt der Anmeldung** entspricht im großen und ganzen der korrespondierenden Vorschrift für die offene Handelsgesellschaft im Art. 86. Nur in zwei Punkten unterscheidet sich die vorliegende Vorschrift von jener:

a) Es ist nicht vorgeschrieben, daß der Beginn der Gesellschaft einzutragen ist. Er ist daher nicht zu registrieren (Art. 12).

b) Es ist nicht vorgeschrieben, daß das Vertretungsverhältnis der Gesellschafter einzutragen sei. Bei den Kommanditisten erledigt sich die Vorschrift dadurch, daß sie nicht vertretungsberechtigt sind. Die Komplementare aber können nach Art. 150, Abs. 2, auch von der Vertretung ausgeschlossen oder kollektiv vertretungsberechtigt sein. Alsdann greift die Vorschrift des Art. 86, Nr. 4 Platz (vergl. die Erläuterung, § 2, zu Art. 86).

c) Als Betrag der Vermögenseinlage muß eine bestimmte Summe eingetragen werden (Hahn, § 4).

§ 3. 3. (Abs. 3.) **Die Anmeldungspflichtigen und die Form der Anmeldung, der Eintragung und der Publikation.**

a) **Die Anmeldungspflichtigen sind sämtliche Gesellschafter,** auch die Kommanditisten. Doch ist nur gegen die Komplementäre ein Zwang vorgesehen (Art. 154). Für die Kommanditisten besteht ein indirekter, aber sehr scharfer Zwang in der sie sonst treffenden unbeschränkten Haftung nach Art. 163, Abs. 3. Weigern sich die Kommanditisten trotzdem, die Anmeldung zu bewirken, so steht den Komplementaren die Zivilklage gegen sie zu, wie auch umgekehrt. Gegen solche Klage ist nicht der Einwand zulässig, daß Kläger seiner Einlagepflicht nicht genügt habe, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt.

b) **Die Form der Anmeldung** und der Eintragung ist die regelmäßige.

c) **Die Publikation** erstreckt sich nicht auf die Person des Kommanditisten und die Höhe der Vermögenseinlage. Zwar ist die Vorschrift im Interesse der Beteiligten gegeben, doch ist sie kategorisch. Die Bekanntmachung kann daher selbst auf Antrag diese Punkte nicht enthalten (P. 1098). Die Eintragung aber erfolgt vollständig (vergl. zu b).

§ 4. **Zusatz 1.** Erwähnt ist hier die Eintragung der Gesellschaftsverhältnisse bei Begründung. Eine Kommanditgesellschaft kann aber auch nachträglich eingetragen werden, ja sogar nach ihrer Auflösung. (Für die offene Handelsgesellschaft ausgesprochen vom ROHG. 23, S. 227.) Daß die Kommanditgesellschaft vor Beginn ihres Gewerbebetriebes nicht ins Handelsregister eingetragen werden kann, ist mit Unrecht in AdlCl. 1535 ausgesprochen. Das Bestehen einer Kommanditgesellschaft ist allerdings davon abhängig, daß die vom gesellschaftlichen Unternehmen entrichteten Steuern das im § 7 EinfG. bestimmte Maß erreichen. Dies läßt sich aber nicht bloß aus der bereits erfolgten Steuervorschreibung, sondern auch aus anderen Momenten, z. B. der Höhe der Einlagen, dem Inhalte der Konzessionsurkunde usw., feststellen (vergl. § 3 zu Art. 12).

Digitized by Google

Zusatz 2. Die zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung. § 5.

a) Die Anmeldung überhaupt ist zwar nicht eine Existenzbedingung für die Kommanditgesellschaft: eine Kommanditgesellschaft kann auch ohne Eintragung bestehen. Aber die Kommanditisten haben ein erhebliches Interesse an der Eintragung, weil bis dahin ihre beschränkte Haftung nur gegenüber denjenigen Personen gilt, welche davon Wissenschaft haben (Art. 163, Abs. 3).

b) Die Eintragung der Vermögenseinlage insbesondere hat die Bedeutung, daß der Umfang der Haftung dadurch für jeden Dritten festgestellt wird (RG. 17, S. 40). Jeder Dritte kann sich auf diese Eintragung berufen, und umgekehrt kann sich der Kommanditist jedem Dritten gegenüber auf sie berufen. Mit der äußeren Haftung braucht sich das innere Beteiligungsverhältnis nicht zu decken. Doch ist dies im Zweifel als Willensmeinung anzusehen.

Artikel 152.

Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Kommanditgesellschaft eine Zweigniederlassung hat, muß dies behufs der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die Anmeldung muß die in Art. 151, Ziffer 1—4 bezeichneten Angaben enthalten und von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden.

Der Artikel bestimmt die Anmeldung der Zweigniederlassung der Kommanditgesellschaft.

1. Sie ist zu bewirken von den persönlich haftenden Gesellschaftern, nicht auch von den Kommanditisten. Nur gegen erstere richtet sich der Zwang (Art. 154), die letzteren haben jedoch ein Klagerecht auf die Bewirkung der Anmeldung gegen die Komplementare.
2. Die Anmeldung kann erst bewirkt werden, wenn die Hauptniederlassung eingetragen ist. Vorher kann sie nicht erfolgen und darf sie nicht verlangt werden. Art. 21, Abs. 3, ist hier anwendbar (P. 4661).
3. Die Unterlassung der Eintragung hat nicht die persönliche Haftung der Kommanditisten nach Art. 163 zur Folge (vergl. § 1 zu Art. 163). Es ist also eine reine Ordnungsvorschrift.
4. Auf inländische Zweigniederlassungen ausländischer Kommanditgesellschaften ist das in § 4 zu Art. 86 Gesagte analog anwendbar.

Artikel 153.

Die persönlich haftenden Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, und vor jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk sie eine Zweigniederlassung hat, zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

1. Die Vorschrift ist analog dem Art. 88, auf dessen Erläuterung verwiesen wird.
2. Dabei wird nur darauf aufmerksam gemacht, daß nur die vertretungsberechtigten Komplementäre die Firma vor dem Handelsgerichte zu zeichnen

Digitized by Google

haben, nicht auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Komplemtäre, und noch weniger die Kommanditisten.

Nur die Anmeldung ist von allen Gesellschaftern zu bewirken.

3. Die Anmeldung kann auch durch einen Bevollmächtigten geschehen, die Zeichnung nicht (vergl. §§ 2 und 3 zu Art. 19).
4. Zu unterscheiden von dieser Firmenzeichnung vor dem Handelsgerichte ist die Frage, wie die vertretungsberechtigten Komplementare im Handel die Firma zu zeichnen haben. Hierüber ist auch hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, keine, auch keine Ordnungsvorschrift gegeben. Sie wird daher gezeichnet mit oder ohne Beifügung des Personennamens, nach Wahl des Zeichnenden (vergl. § 3 zu Art. 88).

Artikel 154.

Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung der in den Art. 151, 152 und 153 enthaltenen Vorschriften von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

1. Die Vorschrift ist analog dem Art. 89. Vergl. die Erläuterung dazu.
2. Der Zwang richtet sich lediglich gegen die persönlich haftenden Gesellschafter. Diese haben gegen die Kommanditisten, deren Mitwirkung ja zur gültigen Anmeldung gehört, nur ein Klagerecht (vergl. § 3 zu Art. 151). Wegen Art. 163, Abs. 3, haben aber gerade die Kommanditisten das erheblichste Interesse an der Eintragung.

Artikel 155.

Wenn die Firma einer bestehenden Kommanditgesellschaft geändert, oder der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt wird, so sind diese Tatsachen von sämtlichen Gesellschaftern in der durch Art. 151 bestimmten Weise behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung dieser Anordnung von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Bei der Bekanntmachung kommt in Betreff der Kommanditisten die Vorschrift des Art. 151 zur Anwendung.

Die Wirkung gegen Dritte richtet sich nach den Bestimmungen des Art. 25.

1. Die Vorschrift entspricht im allgemeinen der des Art. 87.
2. Anscheinend sind nicht alle Veränderungen der ursprünglichen Eintragung anzumelden, nämlich nicht:
   a) Das Austreten des Komplementars,
   b) das Austreten des Kommanditisten,
   c) das Eintreten neuer Komplementare,
   d) die Veränderung in der Vertretungsbefugnis der Komplementare.

   Zu a ergibt sich aber aus Art. 129 und 150, 150, Abs. 2; Abs. 2 das Erfordernis der Anmeldung; zu b aus Art. 171; zu c aus Art. 87 und zu d aus Art. 150, Abs. 2. Auch in diesen Fällen richtet sich der Zwang gegen die Komplementäre, indem dies in analoger Anwendung von

Digitized by Google

Art. 154 und 155 als Wille des Gesetzes anzunehmen ist (anders Schultze-Görlitz, S. 167).

Artikel 156.

Wenn in eine bestehende Kommanditgesellschaft ein neuer Kommanditist eintritt, so muß dies von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister und zur Bekanntmachung nach den Bestimmungen des Art. 151 angemeldet werden.

1. Die Vorschrift beruht auf Art. 98, weil sämtliche Gesellschafter zustimmen müssen, wenn jemand seinen Anteil abtritt.
2. Dem Eintritte eines neuen Kommanditisten steht die Erhöhung einer Einlage gleich. Auch diese muß eingetragen werden (ROHG. 25, S. 117). Es ergibt sich das aus Art. 171, Abs. 1. Denn da die Verminderung der Einlage eingetragen werden muß, so könnte dieser Artikel dann nicht angewendet werden, wenn die Verminderung sich auf die inzwischen erhöhten Einlagen bezieht. Unter der Erhöhung der Einlage ist eine Vergrößerung der ursprünglich fixierten Ziffer gemeint. Nicht gemeint sind die Zuschreibungen an Zinsen und Gewinn zur ursprünglichen oder verminderten Einlage, welche nach Art. 106, 107 geschehen (Förtsch, Anm. 3); vergl. § 4 zu Art. 161.
3. Die Ordnungsstrafe des Art. 154 kommt auch hier zur Anwendung, obwohl das nicht gesagt ist. Sie richtet sich auch hier nur gegen die Komplementare. Das folgt aus der Zitierung des Art. 151 in Verbindung mit Art. 154; dagegen Schultze-Görlitz, S. 168, 169, der gar keinen Zwang hier zuläßt.

Artikel 157.

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Soweit keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die gesetzlichen Bestimmungen über das Rechtsverhältnis der offenen Gesellschafter untereinander auch hier zur Anwendung, jedoch mit den Abweichungen, welche die nachfolgenden Artikel (158 bis 162) ergeben.

Einleitung.

Der Artikel bestimmt, was für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander Rechtens sein soll: zunächst die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, sodann die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen, jedoch mit den Abweichungen der folgenden Art. 158 bis 162.

§ 1.

1. In erster Linie greift Platz der Gesellschaftsvertrag, das heißt alles, was bei der Gründung oder später für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter vereinbart ist, auch wenn es von dem abweicht, was nach außen gelten soll.

   So können nach innen Gewinn und Verlust beliebig festgestellt werden; ja es kann auch bestimmt werden, daß der Kommanditist nach innen unbeschränkt haftet; es kann eine Ergänzung der durch den Verlust verminderten Einlage vereinbart oder es kann vereinbart werden, daß der neu eintretende Kommanditist keinen Anteil an den vor seinem Eintritt entstandenen Sozietätsschulden haben solle; es können Entnahmen fixiert oder ausgeschlossen sein; die Geschäftsleitung kann ganz dem Kommanditisten übertragen werden (Bolze 11, Nr. 466; vergl. RG. 31, S. 72) usw.

Digitized by Google

§ 2. 2. In zweiter Linie kommen die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen, jedoch mit den Abweichungen der folgenden Art. 158 bis 162 zur Anwendung.

Über die Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften gilt hienach folgendes:

a) **Art. 91.** Dieser ist in vollem Umfange anzuwenden und demgemäß gilt auch die zu diesem Artikel gegebene Erläuterung. Insbesondere sind die Begriffe Eigentum und Anteil am Gesellschaftsvermögen, wie sie im Exkurse, § 6, zu Art. 91 auseinandergesetzt sind, auch hier die gleichen.

§ 3. b) **Art. 92.** Auch dieser Artikel ist voll und ganz anwendbar. Weder der Komplementar noch die Kommanditisten haben die Verpflichtung, ihre Einlage zu erhöhen, und auch (vergl. den Zusatz § 3 zu Art. 92) nicht die Berechtigung hiezu oder zur Ergänzung der verminderten Einlage.

§ 4. c) **Art. 93 und 94** sind gleichfalls in vollem Umfange anwendbar. Vergl. daher die Erläuterung dazu. Nur werden diese beiden Artikel, weil sie sich vornehmlich auf die geschäftsführenden Gesellschafter beziehen, auf die Kommanditisten weniger Anwendung finden.

§ 5. d) **Art. 95** ist anwendbar. Was insbesondere „die sonstigen Folgen" der unbefugten Disposition über das Gesellschaftsvermögen betrifft, so hat das Reichsgericht speziell für die Kommanditgesellschaft entschieden, daß auch der Komplementar am Gesellschaftsvermögen Diebstahl und Unterschlagung verüben kann, weil es für den einzelnen Gesellschafter ein fremdes ist (RG. in Strafsachen 18, S. 123). Die Richtigkeit dieser Begründung mag dahingestellt bleiben (vergl. § 3 zu Art. 95).

§ 6. e) **Über die Anwendung der Art. 96 und 97** vergl. die Erläuterung zu Art. 159.

§ 7. f) **Art. 98** ist anwendbar. Vergl. die Erläuterung dazu. Da die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich ist, so sind auch die Kommanditisten zu befragen. Die Abtretung des Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben ist zulässig; sie ist eine richtige Zession. Es unterliegt daher solche Abtretung des Anteiles an einer Gesellschaft, welcher Grundstücke gehören, nicht dem Immobiliarstempel. (Vergl. § 6 zu Art. 98.)

§ 8. g) **Die Anwendung der Art. 99 bis 104** ist ausdrücklich erörtert bei Art. 158.

§ 9. h) **Art. 105** ist ersetzt durch Art. 160.

§ 10. i) **Über Art. 106 bis 108** ist bei Art. 161 das Nähere erörtert.

§ 11. k) **Art. 109** ist ersetzt durch Art. 162.

Artikel 158.

Die Geschäftsführung der Gesellschaft wird durch den oder die persönlich haftenden Gesellschafter besorgt.

Ein Kommanditist ist zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet.

Er kann gegen die Vornahme einer Handlung der Geschäftsführung durch die persönlich haftenden Gesellschafter (Art. 99 bis 102) Widerspruch nicht erheben.

Einleitung. **Der Artikel normiert die Geschäftsführungsbefugnis bei der Kommanditgesellschaft** und gibt zu diesem Zwecke drei Vorschriften: 1. daß die Geschäftsführung durch die persönlich haftenden Gesellschafter besorgt wird

Digitized by Google

(Abs. 1), 2. daß der Kommanditist dazu weder Recht noch Pflicht hat (Abs. 2), 3. daß der Kommanditist kein Widerspruchsrecht gegen die Geschäftsführungshandlungen der Komplementäre hat.

Die Art. 99 bis 104 sind daneben anwendbar, soweit diese drei Punkte keine Abweichungen enthalten (Art. 157).

Dabei ist die Geschäftsführungsbefugnis wohl zu unterscheiden von der Vertretungsbefugnis (vergl. § 1 zu Art. 99). Sie bezieht sich nur auf das innere Verhältnis (vergl. RG. 31, S. 73).

1. (Abs. 1.) **Die Komplementare sind die geschäftsführenden Gesellschafter.** § 1. Diese führen die Geschäfte als Recht und Pflicht nach Maßgabe der Art. 99 bis 104, welche wie folgt anzuwenden sind:

a) **Art. 99.** Der Gesellschaftsvertrag kann auch hier anordnen, daß einer der Komplementare oder mehrere von ihnen die Geschäfte führen sollen; alsdann sind die übrigen Komplementare von der Geschäftsführung ausgeschlossen und haben kein Widerspruchsrecht bei gewöhnlichen Betriebsgeschäften. (Näheres vergl. die Erläuterung zu Art. 99.)

Wenn der Gesellschaftsvertrag anordnet, daß nur die Komplementäre die Geschäfte führen oder daß die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein sollen, so ist dies nicht der im Art. 99 vorgesehene Fall, sondern nur eine Bestätigung des gesetzlichen Ausschlusses der Kommanditisten.

b) **Art. 100** ist hier ebenfalls anwendbar. § 2.

c) **Art. 101.** Die Übertragung der Geschäftsführung an einen der Komplementare unter Ausschluß der anderen kann auch widerrufen werden. Das Widerrufsrecht können nur alle Gesellschafter gemeinsam geltend machen, zu denen also auch die Kommanditisten gehören. Den letzteren ist das Widerspruchsrecht nicht durch den vorliegenden Artikel genommen; in diesem ist der Art. 101 nur zu dem Zwecke allegiert, um ihnen das Widerspruchsrecht zu nehmen (übereinstimmend Puchelt, Anm. 6; Hahn, § 4). Ist nur ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden, so liegt der Fall des Art. 101 nicht vor (vergl. oben § 1) und das Widerspruchsrecht kann daher nicht geltend gemacht werden. (Anders Puchelt, Anm. 6.)

d) **Art. 102.** Widersprechen können nur die Komplementare. Den Kommanditisten nimmt das Recht hiezu der Abs. 2 des vorliegenden Artikels. § 3.

e) **Art. 103.** Ungewöhnliche oder dem Geschäftszwecke fremde Geschäfte können nur auf gemeinsamen Beschluß aller Gesellschafter vorgenommen werden. Also müssen auch die Kommanditisten zustimmen. In dieser Beziehung ist ihnen das Einspruchsrecht im vorliegenden Artikel nicht entzogen. Art. 103 ist nicht allegiert. (So auch Cosack, S. 593; Blaschke-Pitreich, S. 164; Pollitzer, S. 209.) Das trotz des Widerspruches vorgenommene Geschäft ist nach außen gültig, wenn der handelnde Gesellschafter Vertretungsbefugnis nach außen hatte. (Vergl. die Erläuterung zu Art. 103.) § 4.

f) **Art. 104.** Zur Bestellung des Prokuristen — die an sich bei Kommanditgesellschaften zulässig ist (ROHG. 7, S. 415) — ist ebenfalls ein Beschluß sämtlicher geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich, wenn keine Gefahr im Verzuge ist. Sind keine solchen ernannt, so müssen wie bei der offenen Handelsgesellschaft alle Gesellschafter zustimmen. Der Fall, daß keine geschäftsführenden Gesellschafter ernannt sind, kann aber hier nicht eintreten, da bei der KG. die Komplementäre vom Gesetze dazu § 5.

Digitized by Google

ernannt sind (Behrend, § 88, Anm. 10). Mit Wirkung nach außen kann selbstverständlich jeder vertretungsberechtigte Komplementar Prokura erteilen (Art. 167; AdlCl. 1796). Zum Widerruf der Prokura gehört wiederum die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter in derselben Bedeutung. (Vergl. Näheres Erläuterung zu Art. 104.)

§ 6. 2. (Abs. 2.) **Der Kommanditist hat kein Recht und keine Verpflichtung zur Geschäftsführung**; doch kann er zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten bestellt werden, wie dies aus Art. 167, Abs. 3, hervorgeht, wobei er jedoch zu seinem eigenen Schutze mit kluger Vorsicht verfahren muß. Prokura und Handlungsvollmacht sind jederzeit entziehbar, die Geschäftsbefugnis nicht (vergl. §§ 8 ff.).

Fraglich ist, welche Diligenz er zu prästieren hat, wenn ihm Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt ist: ob omnis culpa, wie ein Mandatar, oder diligentia quam suis, wie ein Gesellschafter. Die Frage beantwortet sich darnach, ob seine Bestellung auf selbständigem Engagementsvertrag beruht oder einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bildet.

§ 7. 3. (Abs. 3.) **Der Kommanditist hat kein Widerspruchsrecht**, jedoch nur, soweit es sich um die Geschäftsführungsakte der Art. 99 bis 102 handelt, wohl aber gegen solche aus Art. 103 und 104 (vergl. oben § 4).

§ 8. **Zusatz. Die Bestimmungen dieses Artikels sind dispositiv.** Zunächst ist der Gesellschaftsvertrag maßgebend (Art. 157). Dieser kann bestimmen, daß auch der Kommanditist zur Geschäftsleitung zugelassen wird, ja sogar daß er allein und mit Ausschluß der persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäfte führen soll. (Vergl. RG. 31, S. 73; ferner § 1 zu Art. 157.)

Für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag die Kommanditisten zur Geschäftsführung zuläßt, gestaltet sich die Anwendung der Art. 99 bis 104 wie folgt:

§ 9. 1. **Art. 99.** Wenn in diesem Artikel gesagt ist, daß durch die Übertragung der Geschäftsführung an einen Gesellschafter die übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, so ist das, wie schon oben § 1 hervorgehoben, nur von dem Fall zu verstehen, daß die Übertragung an einen Gesellschafter geschehen, der an sich zur Geschäftsführung berufen ist. Bezieht sich die vertragliche Sonderübertragung der Geschäftsführung auf einen Gesellschafter, der an sich nicht zur Geschäftsführung berufen ist, so wird man unseres Erachtens den Art. 99 nur mit Vorsicht analog anwenden können. Man wird den Ausschluß der an sich geschäftsführenden Gesellschafter von der Geschäftsführung durch die Übertragung derselben an einen Kommanditisten nur dann annehmen können, wenn dies ersichtlich gewollt, wenn auch nicht gerade mit ausdrücklichen Worten vorgesehen ist.

§ 10. 2. **Art. 100.** Dieser ist analog anwendbar.

§ 11. 3. **Art. 101.** Auch dieser ist analog anwendbar (Hahn, § 4). Die einem Kommanditisten im Gesellschaftsvertrage übertragene Geschäftsführung kann gleichfalls nur aus rechtmäßiger Ursache widerrufen werden. Die Wirkung des Widerrufes ist, daß es nunmehr so angesehen wird, als sei diese Sonderübertragung nicht erfolgt.

§ 12. 4. **Art. 104.** Sind auch Kommanditisten oder nur solche zu geschäftsführenden Gesellschaftern ernannt, so müssen diese bei der Prokuraerteilung zustimmen. Mit Wirkung nach außen erteilen kann die Prokura selbstverständlich nur der vertretungsberechtigte Komplementar. Doch kann gegen ihn auf Grund einstimmigen Beschlusses auf Erteilung der Prokura geklagt werden.

Digitized by Google

Der Widerruf kann wiederum von allen geschäftsführenden Gesellschaftern beschlossen werden, aber nur vom vertretungsberechtigten Komplementar mit Wirkung nach außen erfolgen.

Artikel 159.

Ein Kommanditist darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen und an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilnehmen.

§ 1. **Der Artikel befreit den Kommanditisten von dem Konkurrenzverbote des Art. 96.** Die Befreiung hat darin ihren Grund, daß der Kommanditist an der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht teilnimmt, sondern im wesentlichen nur pekuniär beteiligt ist. Einmal fällt dadurch die Möglichkeit weg, die Handelsbeziehungen der Gesellschaft so genau kennen zu lernen, daß eine die Gesellschaft gefährdende Ausbeutung im Privatinteresse zu befürchten wäre; andrerseits ist dem Kommanditisten nicht zuzumuten, wegen seiner regelmäßig nur geringen Beteiligung sich eine Beschränkung in der eigenen kaufmännischen Entfaltung aufzuerlegen.

§ 2. **Zusatz 1. Durch Vertrag kann das Konkurrenzverbot allerdings auch auf den Kommanditisten ausgedehnt werden.** Allein man darf nicht noch weiter gehen und annehmen, daß schon in der Zulassung des Kommanditisten zur Geschäftsführung das Konkurrenzverbot für ihn ex lege folge. Es mag sein, daß der gesetzgeberische Grund zur Befreiung alsdann fortfällt, darum aber fällt die gesetzliche Befreiung selbst nicht fort. Cessante ratione legis non cessat lex ipsa. (Hahn; anders Puchelt, Anm. 1; Wendt bei Endemann I., S. 451.) Vielmehr muß auch in diesem Falle der Kontrakt ergeben, daß das Konkurrenzverbot von den Gesellschaftern gewollt sei, und es ist richtig, wenn Behrend (§ 88, Anm. 12) sagt, daß dies meist der Absicht der Parteien entsprechen wird. Aber als gesetzliche Vorschrift ist es eben nicht anzuerkennen. Das Konkurrenzverbot ist eine Abweichung von der geltenden Rechtsregel, wie Wendt selbst anerkennt, und gilt daher nur da, wo es durch Gesetz oder Vertrag besonders aufgestellt ist. Zutreffend bemerkt Förtsch (Anm. 1), daß in Konsequenz dieser Ansicht auch die positiven Bestimmungen des Art. 97 nur dann Anwendung finden, wenn auch dies vereinbart ist; sonst bestehen nur Schadenansprüche (zust. Blaschke-Pitreich, S. 165).

§ 3. **Zusatz 2. Für die Komplementare gelten Art. 96 und 97** (vergl. Art. 157). Für ihre Anwendung ist hervorzuheben:

a) **Die Zustimmung in Art. 96** ist die aller Gesellschafter, also auch der Kommanditisten (Puchelt, Anm. 4 zu Art. 158).

b) **Die Ausübung des Wahlrechtes nach Art. 97** setzt einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter gemäß Art. 103 voraus (vergl. § 1 zu Art. 97), somit ist auch die Zustimmung der Kommanditisten erforderlich.

Stehen dem geschäftsführenden Komplementare nur Kommanditisten gegenüber, dann haben diese den Beschluß zu fassen. (Anders Puchelt-Förtsch, Anm. 3.)

c) **Die Auflösung nach Art. 97** kann auch von jedem Kommanditisten verlangt werden (Art. 170, Abs. 2).

d) **Die Kenntnis der Gesellschaft nach Art. 97** ist die jedes geschäftsführenden Gesellschafters, auch wenn dies ein Kommanditist ist (§ 4 zu Art. 97).

Digitized by Google

Artikel 160.

Jeder Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen, und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im Art. 105 bezeichneten weiteren Rechte eines offenen Gesellschafters stehen einem Kommanditisten nicht zu.

Jedoch kann das Handelsgericht auf den Antrag eines Kommanditisten, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen.

Einleitung. Der Artikel normiert das **Kontrollrecht des Kommanditisten**, und zwar in der Weise, daß er ihm das Recht der jährlichen Bilanzabschrift und einer Büchereinsicht zum Zwecke der Prüfung gibt (Abs. 1), die weitergehenden Rechte des offenen Gesellschafters ausschließt (Abs. 2) und aus wichtigen Gründen ein richterliches Eingreifen zum Zwecke der jederzeitigen Ausübung seiner Rechte anordnet (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Er kann jährlich Abschrift der Bilanz und Einsicht der Bücher und Papiere verlangen.** (Für letztere gilt analog das im § 1 zu Art. 105 Gesagte.) Dieses Recht aber ist kein bloßes Minimum, wie das dem offenen Gesellschafter gegebene Kontrollrecht (vergl. § 1 zu Art. 105). Vielmehr sollte, wie Abs. 2 deutlich ergibt, das Recht des Kommanditisten auf Auskunftserteilung durch den vorliegenden Artikel fixiert und begrenzt werden. Daher kann § 1198 ABGB., der ganz allgemein dem geschäftsführenden Gesellschafter die Pflicht der Rechnungslegung auferlegt, vom Kommanditisten nicht angerufen werden. Es kann daher nur unter Vorbehalt als richtig erachtet werden, wenn Renaud (Kommanditgesellschaften, S. 331) und ihm folgend Puchelt (Anm. 2) dem Kommanditisten das Recht gibt, geeigneten Falls selbst Rechnungslegung zu fordern. (Vergl. auch Willenbücher, Anm. 3.) Sind die Bücher unvollständig oder geben sie wegen der Natur des Geschäftes keine genügende Auskunft, so ist ihm lediglich das in Abs. 3 vorgesehene Recht zu weiteren Aufklärungen gegeben, die allerdings gegebenenfalls den Umfang einer vollständigen Rechnungslegung annehmen können. Auch das aus Art. XLIII, EinfG. zur ZPO. sich ergebende Recht auf Vorlegung der Bücher, weil sie Urkunden sind, die ein gemeinschaftliches Rechtsverhältnis beurkunden und in seinem Interesse errichtet sind, fällt hier weg; denn die Anwendung dieser Bestimmung würde dazu führen, dem Kommanditisten ein jederzeitiges Recht auf Vorlegung der Bücher zu gewähren. Die prozessuale Vorlegungspflicht nach Art. 37 HGB. ist natürlich nicht berührt.

Die ihm hier gegebenen Rechte kann jeder Kommanditist für sich ausüben, außer wenn die Kommanditisten vertragsmäßig zu einer Einheit organisiert sind (vergl. § 8 zu Art. 150). Die Ausübung derselben ist nicht abhängig davon, daß er selbst seine Verpflichtungen erfüllt hat: es kann ihm nicht die exceptio non impleti contractus entgegengesetzt werden (vergl. § 4 zu Art. 105).

Aus dem Rechte auf Vorlegung der Bücher und Prüfung der Bilanz ergibt sich auch das Recht auf Führung korrekter Bücher und korrekter Bilanzen, ferner auf Berichtigung der Bücher und Bilanz oder, wie Puchelt

Digitized by Google

sagt, auf Anfechtung der Bilanz. Diese sogenannte Anfechtung kann nicht mit der Unzweckmäßigkeit eines Geschäftes begründet werden, sondern nur damit, daß die Bilanz mit den Büchern, beziehungsweise mit der wahren Sach- und Rechtslage nicht übereinstimme.

2. (Abs. 2.) **Die weiteren Rechte des offenen Gesellschafters sind dem Kommanditisten versagt.** Seine Rechte sind daher geringer als die des von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Gesellschafters. Dieser Unterschied ist darin begründet, daß den Kommanditisten keine persönliche Haftung trifft. § 2.

3. (Abs. 3.) **Aus wichtigen Gründen kann der Richter jederzeitige Erteilung der Bilanzabschrift oder sonstige Aufklärung anordnen.** § 3.

a) Die Vorschrift ist dahin auszulegen, daß hiemit dem Kommanditisten ein Recht gegeben ist, beim Vorliegen wichtiger Gründe jederzeit zu verlangen, daß ihm die Bilanz abschriftlich mitgeteilt oder jede sonstige Aufklärung erteilt werde, und daß der Richter den Komplementar dazu zwingen kann, eine Macht, die der Richter aber nicht willkürlich ausüben darf, sondern beim Vorliegen wichtiger Gründe ausüben muß (so richtig Makower, Anm. 13). Jahrelange Nichtausübung des Rechtes beseitigt dasselbe nicht (AdlCl. 932).

b) Der zuständige Richter ist der ordentliche Prozeßrichter (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 331; Hahn; Förtsch, Anm. 5; a. M. Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 101). In AdlCl. 932 und 1194 wird das offiziose Verfahren für anwendbar erklärt. Die dortselbst ausgesprochene Ansicht beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Art. 40; in demselben soll ausgesprochen sein, daß in Gesellschaftsangelegenheiten die Vorlage der Bücher stets mittels Beschlusses anzuordnen ist (vergl. hierüber § 3 zu Art. 40). Einstweilige Verfügungen sind selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Anschütz und Völderndorff (Bemerkung IV) und Willenbücher (Anm. 2) wollen für den Fall, daß alle Beteiligten zustimmen, die Anordnung dem Registerrichter übertragen. Allein der vorliegende Artikel hat nur den Streitfall im Auge. Sind die Parteien einig, so ist für die richterliche Prüfung und Beschlußfassung kein Raum; dann kommt es auch auf das Vorliegen „wichtiger Gründe" nicht an.

c) Wichtige Gründe liegen vor: wenn begründeter Anlaß zum Mißtrauen in die Geschäftsführung des socius gerens gegeben ist (AdlCl. 335); oder wenn die Bücher unvollständig sind oder wegen der Natur des Geschäftes keine genügende Auskunft geben (vergl. oben § 1); wenn der Kommanditist, um für seine Abstimmungen in Gesellschaftssachen, von denen er ja nicht ausgeschlossen ist, informiert zu sein, die Verhältnisse der Gesellschaft kennen lernen will, der Komplementar aber diese Information verweigert; und endlich, wenn die Lage des Geschäftes derart bedenklich ist, daß er zur Geltendmachung seiner Rechte auf Auflösung oder sonst sich Informationen verschaffen muß.

d) Der Inhalt der Anordnung ist immer nur Mitteilung der Bilanz, Vorlegung der Bücher und Papiere und Erteilung sonstiger Aufklärungen durch die Komplementare. Mehr zu verlangen ist der Gesellschafter nicht berechtigt, und weiteres kann daher der Richter nicht anordnen, auch nicht ausnahmsweise, wie Anschütz und Völderndorff annehmen.

Die schrankenlose Freiheit, die der Richter bei einstweiligen Verfügungen hat, bezieht sich gleichfalls nur auf die Art der Durchführung der vom materiellen Rechte gewährten Befugnisse und kann zwar gegebenenfalls bis zur antizipierten Zwangsvollstreckung gehen (§ 381, Z. 2,

Digitized by Google

EO.), aber nicht weiter, sie kann nicht die Befugnisse des materiellen Rechtes erweitern. Doch liegt die Gestattung, einen Sachverständigen zuzuziehen, innerhalb des gesetzlichen Rahmens (Bolze 16, Nr. 481).

Aus diesem Grunde kann auch der Richter nur Anordnungen für den einzelnen Fall treffen, nicht aber einem Kommanditisten ein- für allemal das Recht der jederzeitigen Einsicht gewähren.

§ 4. **Zusatz. Durch den Gesellschaftsvertrag können diese Rechte erweitert und beschränkt werden** (Art. 157).

1. **Erweitert.** Das muß aber ausdrücklich geschehen. In der Übertragung der Geschäftsführung an einen Kommanditisten liegt nicht ohneweiters die Verleihung aller Kontrollrechte gemäß Art. 105. Denn diese haben ja ihren eigentlichen Grund in der persönlichen Haftung. Nur werden durch solche Übertragung die Kontrollrechte von selbst insoweit ausgedehnt, als es die Art der Geschäftsführung mit sich bringt, aber auch nur in diesen Schranken. Der Kommanditist, welchem technische Leistungen zugewiesen sind, ist von der kaufmännischen Kontrolle ausgeschlossen.
2. **Beschränkt.** Auch dies ist zulässig. Aber es ist zu erwägen, daß Verzichte auf Kontrollrechte in einem erhöhten Vertrauen auf den Gegenkontrahenten ihren Grund haben. Mit dem Eintritte von Tatsachen, durch welche dieses Vertrauen erschüttert ist, fällt daher der Verzicht weg. Es ist hier Art. 105, Abs. 2, analog anwendbar, zumal er ein allgemeines Prinzip zur Geltung bringt.

Artikel 161.

Die Bestimmungen der Art. 106 bis 108 über die Verzinsung der Einlage, über die jährliche Berechnung des Gewinnes oder Verlustes und über die Befugnis, Zinsen und Gewinn zu erheben, gelten auch in Betreff des Kommanditisten.

Jedoch nimmt ein Kommanditist an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Anteil.

Er ist nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn, welche er bezogen hat, wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange eine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Einleitung. **Der vorliegende Artikel bestimmt, inwieweit die über Verteilung der Geschäftsergebnisse für die offene Handelsgesellschaft maßgebenden Bestimmungen auf die Kommanditisten Anwendung finden,** indem er in Abs. 1 die prinzipielle Anwendbarkeit der Art. 106 bis 108 anordnet, in Abs. 2 die Grenzen der Verlustbeteiligung des Kommanditisten fixiert und in Abs. 3 für die Auszahlungspflicht der Gesellschaft gegen ihn engere Grenzen zieht, als sie beim offenen Gesellschafter bestehen.

Dabei geht der Artikel als selbstverständlich davon aus, daß die Art. 106 bis 108 auf die Komplementare Anwendung finden (vergl. die Schlußworte des Abs. 1: „auch in Betreff des Kommanditisten").

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Prinzipiell sind die Art. 106 bis 108 anwendbar.** Wohlgemerkt: nicht auch Art. 109. Dieser, welcher die Höhe der Beteiligung nach der Kopfzahl der Mitglieder festsetzt, ist durch Art. 162 ersetzt, welcher an Stelle dessen richterliches Ermessen treten läßt.

Digitized by Google

a) **Aus dieser prinzipiellen Anwendbarkeit der Art. 106 bis 108 folgt im allgemeinen**, daß die Berechnung und Verteilung des Gewinnes und Verlustes nach demselben System erfolgt wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Demnach ist auch bei der Kommanditgesellschaft am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres auf Grund der Inventur und Bilanz der Gewinn und Verlust zu ermitteln. Gewinn ist vorhanden, wenn das in der betreffenden Periode durch den Betrieb des Handelsgewerbes Erworbene mehr beträgt, als die in der nämlichen Zeit gehabten Unkosten, zu welchen letzteren auch die notwendigen Wertabschreibungen und die vierprozentigen Zinsen der Einlagen, beziehungsweise der Aktivsalden gehören. Auch hier wird nicht etwa ein Gewinn solange nicht angenommen, als das Gesellschaftsvermögen durch frühere Verluste geschmälert ist, vielmehr wird auch hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, nur das Resultat der betreffenden Periode berechnet (vergl. die Einleitung zu Art. 106 und § 1 zu Art. 107). Der Aktivsaldo hat auch hier die gleiche Bedeutung wie bei der offenen Handelsgesellschaft (vergl. § 5 zu Art. 106). Ob der Kommanditist einen Passivsaldo haben kann, darüber vergl. unten § 7.

b) **Art. 106** ist voll und ganz anwendbar in allen seinen drei Absätzen: **§ 2.**

Abs. 1: Von seinem Aktivsaldo werden jedem Gesellschafter, Komplementar und Kommanditisten am Ende eines jeden Geschäftsjahres vier Prozent Zinsen gutgebracht, von ihren Entnahmen vier Prozent zur Last geschrieben.

Abs. 2: Die zugeschriebenen Zinsen vermehren den Aktivsaldo.

Abs. 3: Die Gutschrift erfolgt ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebnis, also auch wenn nichts verdient ist.

(Wegen der Erläuterung vergl. §§ 1 bis 4 zu Art. 106.)

c) **Art. 107.** Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres wird das Ergebnis **§ 3.** der Gesellschaftsgeschäfte ausgerechnet und auf das Konto der einzelnen Gesellschafter anteilsweise übertragen. Das ist auf den Komplementar ohneweiters anwendbar. Der unbedingten Anwendbarkeit auf den Kommanditisten steht aber das Bedenken entgegen, daß der Kommanditist ja nur bis zum Betrage seiner Einlage an dem Verluste teilnimmt, so daß die Meinung aufkommen kann, daß, sobald die Einlage aufgezehrt ist, die Übertragung des Gesellschaftsverlustes auf sein Konto unterbleiben müsse, weil sie gegenstandslos sei. Letzteres ist aber nicht der Fall (vergl. unten § 7).

Der Art. 107 ist auch insofern anwendbar, als auch der Kommanditist seine verminderte Einlage nicht freiwillig ergänzen kann.

d) **Art. 108.** Die Bestimmung dieses Artikels ist hinsichtlich der Kom- **§ 4.** manditisten insofern abgeändert, als der jährliche Gewinn dem Kommanditisten, dessen Einlage vermindert ist, selbst dann nicht auszuzahlen ist, wenn dies der Gesellschaft nicht zum Nachteile gereicht.

Über diese Modifikation vergl. unten § 7. Soweit diese aber nicht zutrifft, ist auf den Komplementar und den Kommanditisten Art. 108 voll und ganz anwendbar. Danach können Komplementare und Kommanditisten ohne Zustimmung aller Gesellschafter ihre Einlage nicht vermindern; dagegen können sie die Zinsen des letztverflossenen Jahres entnehmen ohne Rücksicht auf die Geschäftslage, die Kommanditisten insbesondere ohne Rücksicht darauf, daß die Einlage vermindert ist, da nur die Auszahlung des Gewinnanteiles in diesem Falle verboten ist (P. 4642),

Digitized by Google

und trotz der Vorschrift des Art. 165, Abs. 3, weil diese nur das Verhältnis zu den Gläubigern betrifft. Ihr Entnahmerecht bezieht sich ferner auch hier nur auf die Zinsen und den Gewinn des letztverflossenen Jahres, das darüber hinaus Stehengelassene erhöht den Geschäftsanteil, wächst aber nicht der Einlage derart zu, daß es gleich ihr Haftungsgrenze nach außen würde; es kann daher zurückbezahlt werden, ohne daß dadurch eine Haftung für die Gläubiger erzeugt würde; solange es im Besitze der Gesellschaft ist, kann der Kommanditist allerdings nicht hindern, daß der Gläubiger sich daran hält, auch nicht, daß es mit in die Konkursmasse fällt (vergl. Nothnagel, S. 68; K. Adler, S. 135); aber im letzteren Falle ist der Kommanditist insoweit Konkursgläubiger. Die Gesellschafter sind ferner zu Entnahmen nur berechtigt, nicht verpflichtet, und üben das Recht gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Gesellschafter aus (ROHG. 19, S. 416).

Im übrigen vergl. Erläuterung zu Art. 108.

§ 5. 2. (Abs. 2.) **Die Festsetzung der Grenze der Verlustbeteiligung bis zum Betrage der Einlage**[1]) bedeutet, daß diejenige Summe, welche die Haftungssumme nach außen darstellt, auch nach innen die Maximalsumme der Haftung darstellen soll. Einen Passivsaldo in dem Sinne, daß der Inhaber desselben über den Betrag der Einlage hinaus Geld zur Deckung von Gesellschaftsverlusten zuzuschießen hätte, gibt es hier nach gesetzlicher Vorschrift nicht (der Gesellschaftsvertrag kann anders disponieren, vergl. Note 1). Beim offenen Handelsgesellschafter und demgemäß beim Komplementar ist dies anders. Hier haftet (der Gesellschaftsvertrag kann anders bestimmen) der Gesellschafter nicht nach Maßgabe seiner Einlage. Eine Einlage in dem Sinne einer Kommanditisteneinlage, als Haftungssumme nach außen gibt es hier gar nicht (vergl. K. Adler, S. 135, Note 8). Jene Gesellschafter haften nach außen für den vollen Schuldenbetrag mit ihrem ganzen Vermögen. Aber auch in dem anderen Sinne als die zum Geschäftsbetriebe bestimmte, eingezahlte oder wenigstens versprochene Summe ist die Einlage nicht die Höchstgrenze der Haftung nach innen (außer wenn etwa dies vereinbart wäre). Der offene Gesellschafter haftet nach innen nicht auf den Betrag seiner Einlage, sondern auf denjenigen Betrag, der sich nach Maßgabe seiner Verlustbeteiligung als Verlustanteil für ihn ergibt. Zur Deckung dieses Verlustanteiles muß er sich nicht bloß gefallen lassen, daß seine eingezahlte Einlage verwendet wird, er muß hiezu nicht bloß seine rückständige Einlage hergeben, sondern es wird, wenn sich gleichwohl noch ein ungedeckter Gesellschaftverlust ergibt, der Anteil daran seinem Konto ferner zur Last geschrieben und seinen Passivsaldo hat er einzuschießen, beziehungsweise an die Inhaber der Aktivsalden zu zahlen.

3. (Abs. 3.) Der Absatz enthält zwei Vorschriften:

§ 6. a) **Der Kommanditist ist nicht verpflichtet, bezogene Zinsen oder Gewinne wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.** Damit wird kein Gegensatz zu den dem offenen Handelsgesellschafter zustehenden Rechten konstruiert, sondern im Gegenteil zur Verdeutlichung hervorgehoben, daß in dieser Beziehung der Kommanditist dem offenen Handelsgesellschafter gleichsteht. Zu beachten ist aber hinsichtlich des Kommanditisten, daß die Vorschrift, wie der ganze Artikel, nur für das innere Verhältnis zur Gesellschaft

[1]) Die Vorschrift ist nur dispositiv, da sie sich nur auf das innere Verhältnis bezieht. Der Gesellschaftsvertrag kann anderes vereinbaren (§ 1 zu Art. 157).

Digitized by Google

gilt. Im Verhältnis zu den Gläubigern gilt Art. 165. Die beiden Vorschriften verhalten sich zueinander wie folgt: Was der Kommanditist im Einverständnis mit seinen Mitgesellschaftern an Zinsen und Gewinn bezogen hat, sei es auch nach Verminderung seiner Einlage, bleibt definitiv sein Eigentum und kann von der Gesellschaft nicht zurückgefordert werden.

Die Gläubiger aber können den Kommanditisten haftbar machen, wenn er unter Beeinträchtigung seiner Einlage Zinsen und Gewinn bezogen hat, es sei denn, daß Verteilung und Bezug bona fide geschahen (Art. 165, Abs. 6).

Durch die Vorschrift des vorliegenden Artikels aber wird eine condictio indebiti der Gesellschaft gegen den empfangenen Gesellschafter nicht ausgeschlossen: beruhte die Auszahlung auf anfechtbarer Willenserklärung, auf Irrtum, z. B. auf einem Rechenfehler in der Bilanz, so kann die Gesellschaft gegen ihn das Ausgezahlte kondizieren (Blaschke-Pitreich, S. 166).

Insbesondere ist dann die condictio indebiti gegeben, wenn dem Kommanditisten irrtümlich Gewinn ausbezahlt wurde, welcher zur Deckung des Verlustes zu verwenden war. Wendt (bei Endemann I., S. 439) meint allerdings, die Kondiktion sei dann ausgeschlossen, weil ihm ja der Gewinn in Wirklichkeit geschuldet gewesen sei und ihm nur kein Recht auf Erhebung zugestanden hätte. Allein der Gewinn war ihm nicht geschuldet, es war nur buchmäßig ausgerechnet, wieviel er an Gewinnanteil zu fordern gehabt hätte, wenn seine Einlage nicht vermindert gewesen wäre. Da aber die Einlage vermindert war, so hatte er eben den der ausgerechneten Ziffer entsprechenden Betrag nicht zu fordern.

b) **Der Kommanditist erhält keinen Gewinn ausbezahlt, solange seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, vielmehr wird sein Gewinnanteil solange zur Deckung des Verlustes verwendet.** § 7.

Die Vorschrift denkt in erster Linie an den Fall, wo die Einlage zum Teile noch vorhanden, aber durch Verlust vermindert ist. Der Gewinn wird in diesem Falle zur Deckung des Verlustes verwendet und zu diesem Zwecke dem Kommanditisten gutgeschrieben.

Dasselbe gilt zweifelsohne, wenn die Einlage nicht bloß vermindert, sondern absorbiert ist.

Andrerseits muß man annehmen, daß das Konto des Kommanditisten auch belastet werden muß, wenn nach Absorbierung seiner Einlage sich Gesellschaftsverluste ergeben, und daß er nicht eher den Gewinn ausbezahlt erhält, als bis der so entstandene Passivsaldo ausgeglichen und außerdem seine Einlage bis zur ursprünglichen Höhe herangewachsen ist.

Zwar nehmen gewichtige Autoritäten (Behrend, § 88, Anm. 17; Anschütz und Völderndorff, Anm. 18; Randa II., S. 172; Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 323) an, daß der Kommanditist, der seine Einlage gemacht hat, einen Passivsaldo gar nicht haben könne, weil er ja nur mit seiner Einlage hafte und nach Aufzehrung derselben von der Teilnahme am Gesellschaftsverluste befreit sei. Hieraus ziehen sie die Folgerung, daß nach Aufzehrung der Gesellschaftseinlage der Kommanditist an den Verlusten der folgenden Jahre nicht mehr teilnehme und an den weiteren Jahresgewinnen partizipiere, sobald er einen seiner ursprünglichen Einlage entsprechenden Aktivsaldo wieder habe.

Digitized by Google

v. Hahn (Note 9) und Puchelt (Anm. 5), auch Cosack in der 3. Auflage (S. 589 gegen seine 1. Auflage) lehren das Gegenteil. Die letztere Ansicht trifft zu.

Allerdings nimmt der Kommanditist an den Verlusten der Gesellschaft nur bis zum Betrage seiner Einlage teil.

Bis zum Betrage der Einlage, aber am ganzen Gesellschaftsverlust.

Wenn seine Einlage auch aufgezehrt ist, so hört er dadurch nicht auf, gerade so, wie er fortfährt, am Gewinne zu partizipieren, auch an den Verlusten der Gesellschaft teilzunehmen. Diese Teilnahme ist nicht gegenstandslos. Sie ist es bloß für den Augenblick, weil kein aktuelles Deckungsobjekt vorhanden ist, aber das Deckungsobjekt liegt potentiell in der weiteren Teilnahme des Gesellschafters am Gewinn. Sein Konto wird jetzt belastet. Diese Buchung hat den Sinn, daß in den folgenden Jahren der Gewinnanteil des Kommanditisten zunächst zur Ausgleichung dieses Minus zu benutzen ist.

Diese Auffassung entspricht der Stellung des Kommanditisten. Er unterscheidet sich vom offenen Gesellschafter lediglich dadurch, daß er nichts weiter einzusetzen hat, als seine Einlage; aber nirgends ist die Absicht erkennbar, ihn vor dem offenen Gesellschafter und folgeweise auch vor dem Komplementar, der sein Mitgesellschafter ist, insofern zu bevorzugen, als er an den Verlusten derjenigen Jahre, während welcher seine Einlage aufgezehrt ist, nicht teilnehmen soll (zust. Pollitzer, S. 207; Canstein I., S. 503, Note 52).

Artikel 162.

Ist über die Höhe der Beteiligung an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so wird dieselbe nach richterlichem Ermessen, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen festgestellt.

Einleitung. **Der Artikel überträgt die Festsetzung des Beteiligungsmodus in Ermanglung vertragsmäßiger Vereinbarung dem richterlichen Ermessen.** Es greift also Art. 109, der bei offenen Handelsgesellschaften die Kopfteilung anordnet, nicht Platz. Nur die Art. 106 bis 108 sind auf die Kommanditgesellschaft übertragen worden. Die Kopfteilung würde bei der verschiedenartigen Anteilnahme der Komplementare und Kommanditisten keine gerechte Verteilung enthalten, und auch sonstige Versuche, einen bestimmten Verteilungsmodus zu fixieren, insbesondere eine Kombination von Kopfteilung und Teilung nach Einlagen, scheiterten (S. 299 bis 302), so daß nichts übrig blieb, als alles dem richterlichen Ermessen im Einzelfalle zu überlassen.

§ 1. 1. **Die Vorschrift greift Platz in Ermanglung vertraglicher Vereinbarung.** Ihr Anwendungsgebiet dürfte nur ein geringes sein, da der Gesellschaftsvertrag über diesen wichtigen Punkt nicht leicht schweigen wird. Den ausdrücklichen Vertragsworten gleich steht das, was durch Interpretation aus denselben gewonnen wird. Auch dies geht der gesetzlichen Vorschrift vor.

§ 2. 2. **Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, wo der Vertrag entweder über Gewinn oder über Verlust keine Bestimmung trifft.** Daß im letzteren Falle die Verlustbeteiligung ausgeschlossen sei, ist nicht anzunehmen. Ein solcher Ausschluß muß ausdrücklich und unzweideutig geschehen. Vielmehr

Digitized by Google

ist als regelmäßiger Vertragswille, wenn auch nicht als Rechtssatz anzunehmen, daß, wenn nur über Gewinn oder Verlust Bestimmtes vereinbart ist, die Verlustbeteiligung der festgesetzten Gewinnbeteiligung und umgekehrt entsprechen soll (Behrend, § 88, Anm. 14; Volze 17, Nr. 517). In der Ausbedingung eines festen Zinses liegt nicht notwendig der Ausschluß von der Verlustbeteiligung (vergl. § 5 zu Art. 250).

3. **Die Vorschrift bezieht sich gleichmäßig auf Komplementare und Kommanditisten.** Hinsichtlich beider Arten von Gesellschaftern ist richterliches Ermessen für die Beteiligung maßgebend. Das könnte zweifelhaft sein, weil Art. 150, Abs. 2, für das Verhältnis der Komplementare unter sich die Regeln der offenen Handelsgesellschaft gelten läßt. Allein die Vorschrift des vorliegenden Artikels ist maßgebend, nicht bloß weil sie als lex specialis vorgeht (so Anschütz und Völderndorff, Anm. 2), sondern auch, weil es sich nicht bloß um das Verhältnis der Komplementare untereinander, sondern auch zu den Kommanditisten handelt. § 3.

4. **Anhaltspunkte über das richterliche Ermessen sind:** § 4.
   a) Die persönliche Haft der Komplementare. Doch wird der Wert dieses Faktors umsomehr sinken, je mehr im konkreten Falle der Kredit der Gesellschaft wesentlich auf dem Gesellschaftsvermögen beruht.
   b) Die persönliche Tätigkeit des Komplementars. Auch hier ist der Wert derselben, je nach ihrem Umfange und nach ihrer Art in Betracht zu ziehen.
   c) Die Höhe der Vermögenseinlage.

5. **Die Zuziehung von Sachverständigen ist nicht für alle Fälle, sondern nur nötigenfalls vorgeschrieben.** Sobald es aber erforderlich, muß der Richter sie zuziehen. An Anträge der Parteien ist der Richter hiebei nicht gebunden, und andrerseits auch nicht an das von den Sachverständigen abgegebene Gutachten. § 5.

6. **Das Klagebegehren, mit dem der Anspruch auf Ausfolgung** des Gewinnes geltend gemacht wird, kann nur auf eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme lauten. Man kann nicht auf Ausfolgung eines vom Richter nach Ermessen zu bestimmenden Gewinnes klagen. Dies folgt aus § 226 ZPO. Dies führt zu keiner Benachteiligung des Gesellschafters; denn gegen die Folgen einer plus petitio im Kostenpunkte schützt ihn die Bestimmung des § 43, Abs. 2 ZPO. Ist die ziffermäßige Angabe des beanspruchten Gewinnes nicht möglich, weil sie von der dem klagenden Gesellschafter unbekannten Höhe des Gesellschaftsvermögens abhängt, so kann der Gesellschafter die Klage auf eidliche Vermögensangabe nach Art. XLII EinfG. zur ZPO. mit der Klage auf Ausfolgung des Gewinnes verbinden und nach Abs. 3 dieser Gesetzesstelle bis zur erfolgten eidlichen Angabe des Vermögens die ziffermäßige Angabe des begehrten Gewinnes verschieben. Hierin liegt kein Widerspruch mit dem, was § 1 zu Art. 160 ausgeführt wurde. Denn die Klage auf eidliche Vermögensangabe dient hier nicht Kontrollzwecken, sondern nur der Unterstützung und Vorbereitung der Klage auf Ausfolgung des Gewinnes. § 6.

7. **Im übrigen hat die Vorschrift des vorliegenden Artikels denselben Charakter, wie die Vorschrift des Art. 109.** Sie ist insbesondere nur ein Berechnungsmodus; über das Recht der Erhebung bestimmt nicht dieser Artikel, sondern Art. 161 (vergl. die Erläuterung zu Art. 109). § 7.

Digitized by Google

Artikel 163.

Im Verhältnis zu dritten Personen tritt die rechtliche Wirksamkeit einer Kommanditgesellschaft mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Errichtung der Gesellschaft bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist, oder die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat.

Die Beschränkung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen soll, hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung.

Hat die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so haftet jeder Kommanditist dritten Personen für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, wenn er nicht beweist, daß denselben seine beschränkte Beteiligung bei der Gesellschaft bekannt war.

Vorbemerkung zu den Art. 163 bis 169. Dieselben regeln die Verhältnisse der Kommanditgesellschaft Dritten gegenüber im Gegensatze zu den vorangehenden Artikeln, welche das Verhältnis der Gesellschafter untereinander zum Gegenstande haben. Um diese Bedeutung hervortreten zu lassen, beginnt der Art. 163 mit den Worten: „Im Verhältnis zu dritten Personen" (P. 4611). Die Vorschriften der gedachten Artikel sind zwingenden Rechtes (vergl. die Vorbemerkung zu Art. 110).

Einleitung. **Der vorliegende Art. 163 bestimmt den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen** (Abs. 1), erklärt eine entgegenstehende Abrede der Gesellschafter Dritten gegenüber für unwirksam (Abs. 2) und stellt für den Kommanditisten eine besondere Folge des Geschäftsbeginnes vor der Eintragung fest (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Der Zeitpunkt, mit welchem die Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft eintritt, ist die Eintragung oder der Geschäftsbeginn.** Die Vorschrift ist analog der Vorschrift des Art. 110, Abs. 1. Zwar ist sie ihr nicht wörtlich nachgebildet, wie Hahn (§ 5) sagt; vielmehr fehlen im Art. 110 die Worte: „am Sitze der Gesellschaft". Allein damit ist ein materieller Unterschied weder beabsichtigt noch bewirkt (Behrend, § 89, Anm. 2). Denn auch bei der offenen Handelsgesellschaft entscheidet die Eintragung am Sitze der Gesellschaft über ihre Wirksamkeit nach außen hinsichtlich aller ihrer Etablissements, auch ihrer Zweigniederlassungen. Nur de lege ferenda ist Puchelt (Anm. 3) zuzugeben, daß hier bei der Kommanditgesellschaft eine abweichende Vorschrift am Platze gewesen wäre. So wie sie besteht, kann sie für den Verkehr mißlich werden, weil sie zu Täuschungen des Publikums Anlaß geben kann. Die Vorschrift des Art. 152 wird dadurch zur reinen Ordnungsvorschrift.

Im übrigen gelten die Erläuterungen der §§ 2 bis 4 zu Art. 110. Insbesondere ist es auch hier gleichgültig, ob der Gesellschaftsvertrag an sich zu Recht besteht (§ 1 daselbst); auch hier ist die Eintragung, nicht die Publikation maßgebend (§ 2), die Eintragung sogar ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte sie gekannt hat oder hat kennen müssen, und es ist nur hinzuzufügen, daß als Eintragung im Sinne des Artikels zwar nur die ordnungsmäßige Eintragung gemäß Art. 151 gilt, doch sind unwesentliche

Digitized by Google

Fehler, wie z. B. die Weglassung des Vornamens des Kommanditisten, ohne Erheblichkeit, und endlich gilt alles das, was an jener Stelle darüber gesagt ist, wann anzunehmen sei, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen habe (§§ 3 und 4 ebendaselbst).

2. (Abs. 2.) **Entgegenstehende Parteiabreden haben nach außen keine Wirksamkeit** (hierüber vergl. § 5 zu Art. 110). § 2.

3. (Abs. 3.) **Geschäftsbeginn vor Eintragung hat Vollhaftung des Kommanditisten zur Folge, außer wenn der Gegenkontrahent die beschränkte Beteiligung gekannt hat.** § 3.

a) Zum Schutze hiegegen ist anzuraten, daß der Kommanditist in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung aufnimmt, die Geschäfte der Gesellschaft dürfen nicht vor der Eintragung begonnen werden (v. Hahn, § 8; Förtsch, Anm. 7). Die Möglichkeit einer solchen Vertragsklausel steht der Annahme Thöls (S. 354), der Kommanditist sei dem Komplementar preisgegeben, entgegen und läßt seine Befürchtung, der vorliegende Abs. 3 sei der „Todesstoß für die Kommanditgesellschaft", als unbegründet erscheinen. Mit Unrecht wird diese Vertragsklausel von anderer Seite als bedeutungslos erachtet. Behrend (§ 89, Anm. 3) erachtet sie für überflüssig, weil „die Gesellschaft vor der Eintragung durch tatsächlichen Geschäftsbeginn nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter ins Leben treten könne". Das ist allerdings richtig; aber in dem Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages, in welchem nicht vorgesehen ist, daß die Geschäfte erst in einem späteren Zeitpunkte beginnen sollen, liegt doch regelmäßig die Zustimmung zum sofortigen Betriebe oder mindestens zur sofortigen Vorbereitung desselben, und der Geschäftsbeginn liegt ja schon in solchen im Namen der Gesellschaft geschlossenen Vorbereitungsakten (§ 4 zu Art. 110). Will daher der Kommanditist vor der Eintragung nicht haften, so verhilft ihm eine Vertragsklausel dazu, nach welcher vor der Eintragung keinerlei Betriebs- oder auch nur Vorbereitungsakte wenigstens im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden dürfen (vergl. auch Nothnagel, S. 53.)[1])

Gareis-Fuchsberger, S. 292, Anm. 26 (vergl. auch Cohn in GZ. 34, S. 580 und Rießer in GZ. 22, Beilageheft, S. 56) verfallen in der Polemik gegen Behrend in das entgegengesetzte Extrem. Erachtet Behrend jene Vertragsklausel für überflüssig, so erachten sie Gareis-Fuchsberger für wirkungslos, weil durch einen perfekten Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft derart konstituiert sei, daß ihre Organe nicht mehr verhindert werden könnten, für die Gesellschaft Geschäfte zu schließen. Allein Gareis-Fuchsberger übersehen, daß die uneinschränkbare Vertretungsmacht nicht schon entsteht durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages inter partes, sondern erst mit der Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen (vergl. Art. 114 in Verbindung mit Art. 110), und diese tritt erst ein, wenn befugterweise im Namen der Gesellschaft gehandelt ist. Dies also, ob befugterweise im Namen der Gesellschaft gehandelt ist, ist die Vorfrage, mit deren Verneinung die Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen und damit der Beginn der nach außen

[1]) Nach § 176 d. GHB. tritt die Vollhaftung des Kommanditisten nur ein, wenn er dem Geschäftsbeginne vor der Eintragung zugestimmt hat.

Digitized by Google

schrankenlosen Vertretungsmacht des zum Komplementar ausersehenen Gesellschafters fortfällt, und die Verneinung jener Vorfrage muß erfolgen, wenn nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages ein unbefugtes, antizipiertes Handeln vorliegt. Hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft ist dies der Standpunkt der Judikatur stets gewesen (vergl. § 3 zu Art. 110).

§ 4. β) Die Eintragung entscheidet, Anmeldung genügt nicht (ROHG. 23, S. 280). War daher die Kommanditgesellschaft angemeldet, aber nicht eingetragen, oder nicht als solche eingetragen, so liegt eben das Erfordernis des Gesetzes nicht vor, und es tritt, vorausgesetzt, daß das Requisit des Geschäftsbeginnes der Gesellschaft vorliegt, die Vollhaftung des Kommanditisten ein.

Die Eintragung aber genügt, die Publikation ist nicht erforderlich. Von der Eintragung an hat der Dritte nur die Rechte des Art. 165 gegen den Kommanditisten. Der Dritte kann nicht einwenden, daß er die Eintragung nicht gekannt hat, auch nicht, daß er sie nicht hat kennen können. Art. 25 greift eben hier nicht Platz.

γ) Die Vollhaftung tritt nicht ein, wenn der Dritte die beschränkte Beteiligung kannte, gleichgültig ist, woher, und nicht notwendig, daß ihm auch die Höhe der Vermögenseinlage bekannt war (RG. 12, S. 135). Aber erforderlich ist wirkliche Kenntnis, es genügt nicht verschuldete Unkenntnis (Förtsch, Anm. 6).

§ 5. Zusatz 1. Zu Abs. 1 und 2. Auch hier ist, wie zu Art. 110, hinzuzufügen, daß die Bestimmung des vorliegenden Artikels insoferne nicht erschöpfend ist, als die öffentliche Kundgebung, daß die Gesellschaft besteht, auch in anderer Weise erfolgen könnte (vergl. § 6 zu Art. 110). Dagegen Laband in GZ. 30, S. 527. Gegen ihn Behrend, § 89, Anm. 4.

§ 6. Zusatz 2. Zu Abs. 3. Die Vorschrift ist analog anzuwenden auf den Fall, wenn ein Kommanditist einer bestehenden Kommanditgesellschaft beitritt. Auch in diesem Falle muß er für die Eintragung der Kommanditisteneigenschaft Sorge tragen zur Vermeidung der Vollhaftung (Anschütz und Völderndorff, Anm. 19 und v. Hahn, § 2 zu Art. 156, anderer Meinung Puchelt, Anm. 2 zu Art. 166). Der Zweifel von Anschütz und Völderndorff, ob dies auch dann zutreffe, wenn der Dritte von dem Beitritte des Kommanditisten keine Kenntnis hatte, ist nicht begründet. Die gesetzlichen Erfordernisse der Vollhaftung sind erfüllt, wenn der Kommanditist rechtlich beigetreten und die Gesellschaft alsdann ihre Geschäfte fortgesetzt hat (vergl. § 2 zu Art. 113). Aber die Vollhaftung bezieht sich selbstverständlich nur auf diejenigen Schulden, welche in der Zeit von seinem Eintritte ab kontrahiert waren (zust. Pollitzer, S. 211; dagegen Nothnagel, S. 53, Note 37). Was für die früheren gilt, darüber bestimmt Art. 166; vergl. auch unten § 6 a. E.

Wenn ferner das ROHG. (12, S. 14) und Blaschke-Pitreich (S. 167 unter Berufung auf dieses Urteil) diese Vorschrift auf den Fall analog anwenden, daß jemand einer offenen Handelsgesellschaft als Kommanditist beitritt, und hiebei annehmen, daß er alsdann nur für die seit seinem Eintritte kontrahierten Schulden voll haftet, nicht jedoch auf für die vor seinem Eintritt bestandenen so ist alles dies richtig, beruht aber nicht auf analoger Anwendung des vorliegenden Artikels, sondern auf direkter Anwendung desselben. Denn in solchen Fällen liegt die Neuerrichtung einer Kommanditgesellschaft vor.

Digitized by Google

Artikel 164.

Die Kommanditgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen, und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Einleitung.

Der Artikel entspricht der Vorschrift des Art. 111. Wie dieser für die offene Handelsgesellschaft, **statuiert er für die Kommanditgesellschaft eine gewisse juristische Selbständigkeit** (Abs. 1) und gibt ihr einen selbständigen Gerichtsstand (Abs. 2).

§ 1.

Es ist hienach in der Hauptsache auf die Erläuterung des Art. 111 zu verweisen. Doch sollen folgende Punkte hervorgehoben werden:

§ 2.

1. Auch die Kommanditgesellschaft soll durch diesen Artikel nicht zur juristischen Person erhoben werden (vergl. § 1 zu Art. 111). Daß sie keine juristische Person ist, ist des Näheren auseinandergesetzt im § 2 zu Art. 150.

§ 3.

2. Auch die Kommanditgesellschaft ist parteifähig, aber nicht prozeßfähig. Sie wird im Prozesse vertreten durch die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafter. In Bezug auf die Vernehmung der Parteien sind alle persönlich haftenden Gesellschafter, auch die von der Vertretung ausgeschlossenen, als Partei zu behandeln (§ 373, Abs. 3 ZPO.). Dieselben können daher nicht als Zeugen vernommen werden, wohl aber die Kommanditisten. Dies ergibt sich aus § 373 ZPO.; derselbe zählt taxativ auf, wer bei Rechtsstreitigkeiten von Personenvereinen als Partei zu vernehmen ist; jeder andere hat dem Gerichte seine auf den Rechtsstreit bezüglichen Wahrnehmungen als Zeuge mitzuteilen. Nur die Frage, ob die gesetzlichen Vertreter von Personenvereinen als Partei oder Zeugen zu vernehmen sind, wollte der Gesetzgeber regeln (Mat. I., S. 324); daß alle übrigen Mitglieder der in § 373 ZPO. genannten Vereinigungen als Zeugen zu vernehmen sind, wurde als zweifellos vorausgesetzt. Dagegen können alle Gesellschafter als Nebenintervenienten auftreten (vergl. über alles dieses § 10 zu Art. 111).

§ 4.

3. Das gegen die Kommanditgesellschaft erlassene Urteil ist vollstreckbar gegen die Gesellschaft, das heißt in das Gesellschaftsvermögen, aber nicht in das Privatvermögen der Kommanditisten. In das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter ist es vollstreckbar nach Maßgabe der Vorschriften des § 11 EO. wie ein gegen eine offene Handelsgesellschaft erflossenes Urteil (vergl. §§ 15 ff. zu Art. 111). Das gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft erflossene Urteil ist nach Maßgabe des § 11, Abs. 2 EO. auch in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar (vergl. § 19 zu Art. 111). Nicht das Gleiche gilt von einem Urteile, welches gegen einen Kommanditisten in Angelegenheiten der Gesellschaft erflossen. Die im Gesellschaftsprozesse erfolgte Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Gesellschaftsschuld schafft Rechtskraft für und gegen alle Gesellschafter, auch gegen die Kommanditisten; bloß die unmittelbare Vollstreckbarkeit gegen letztere ist nicht zugegeben (vergl. §§ 20 ff. zu Art. 111).

Digitized by Google

§ 5. 4. Die Auflösung der Gesellschaft hat hier dieselben Wirkungen auf den schwebenden Prozeß, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (vergl. § 11 ff. zu Art. 111).

Artikel 165.

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist nur mit der Einlage und, soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage.

Die Einlage des Kommanditisten kann während des Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch teilweise zurückbezahlt oder erlassen werden.

Zinsen können ihm von der Gesellschaft nur insoweit bezahlt werden, als dadurch die ursprüngliche Einlage nicht vermindert wird.

Er kann bis zur Wiederergänzung der durch Verlust verminderten Einlage weder Zinsen noch Gewinn beziehen.

Er haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit er diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat.

Er ist jedoch nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn zurückzuzahlen, welche er auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat.

Literatur: Furrer, Die Haftung des Kommanditisten (Zürich 1903).

Einleitung. **Der Artikel normiert die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der Kommanditgesellschaft**, indem er in Abs. 1 das hiefür maßgebende Prinzip aufstellt und in den folgenden Absätzen einzelne Folgerungen aus demselben zieht. (Eine ausführliche Erörterung des Prinzips und aller Einzelfragen liefert Schwalb in GZ. 34, S. 338 ff.)

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Das Prinzip ist, daß der Kommanditist „mit der Einlage und soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage haftet".**

a) Die Bedeutung dieser Vorschrift, deren Fassung allgemein als unglücklich bezeichnet wird, ist in Gemäßheit der der Kommanditgesellschaft zu Grunde liegenden Rechtsgedanken: der Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe der versprochenen Einlage, es ist aber diese Haftung gegenstandslos, solange die Einlage dem Gesellschaftsfonds einverleibt ist.

§ 2. b) Die Frage nach der Art der Haftung, ob sie eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern ist, ist sehr bestritten. Von uns ist diese Frage bei der juristischen Konstruktion der Kommanditgesellschaft erörtert (§ 2 zu Art. 150). Danach ist die Kommanditgesellschaft keine juristische Person, sondern eine Vereinigung von Personen, welche unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe betreiben, in einer der offenen Handelsgesellschaft entsprechenden und von ihr nur dadurch unterschiedenen Weise, daß einer oder mehrere Gesellschafter öffentlich in bindender Weise erklärt haben, daß sie für die Gesellschaftsschulden nur in begrenzter Höhe haften wollen. Nur darin, in dem Umfange der Haftung liegt daher die Verschiedenheit, im übrigen aber ist die Haftung die gleiche wie die Haftung der offenen Handelsgesellschafter, insbesondere eine direkte gegenüber dem Gläubiger. (Für die direkte Haftung ROHG. 19,

Digitized by Google

S. 349; RG. 1, S. 69; 17, S. 37; 32, S. 399; LG. I, Berlin in GZ. 42, S. 535; Hahn, § 12; Behrend, § 89, Anm. 17; Cosack, S. 596; besonders ausführlich Schwalb in GZ. 34, S. 338 ff.; Nothnagel, S. 58; Canstein I., S. 457; Pollitzer, S. 212; Randa II., S. 186; dagegen z. B. Wendt bei Endemann I., S. 457 bis 467).[1]) Der Kommanditist haftet den Gläubigern schon dann, wenn er dem Verkehr gegenüber den Anschein erzeugt hat, als wäre er Kommanditist mit einer bestimmten Einlage. Er kann, wenn seine Haftung in Anspruch genommen wird, nicht einwenden, daß in Wirklichkeit die Schaffung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht beabsichtigt war oder daß er nur infolge Irrtumes oder Betruges beigetreten sei (vergl. RG. 51, S. 33, § 9 zu Art. 151, § 7 zu Art. 110).

c) Die Grenze der persönlichen Haftung ist der Betrag der versprochenen Einlage, das heißt der Geldbetrag, mit welchem der Kommanditist nach dem Gesellschaftsvertrage für die Gesellschaftsschulden haften will. Ob dieser Betrag auch eingetragen ist, darauf kommt es nicht an, wenn der versprochene Betrag höher ist, als der eingetragene (ROHG. 25, S. 114); wenn freilich der höhere Betrag eingetragen ist, so muß der Kommanditist die darin liegende öffentliche Erklärung, so weit haften zu wollen, gegen sich gelten lassen (RG. 17, S. 40). § 3.

Weiter als mit dem Betrage der versprochenen Einlage haftet der Kommanditist den Gläubigern nicht, also insbesondere nicht in Höhe der Verzugszinsen und der Konventionalstrafe für die verzögerte Einlegung, des sogenannten Zubehörs (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 404, Note 2; anders Puchelt-Förtsch, Anm. 2); er haftet ferner nicht mit seinem ganzen Aktivsaldo, wenn dieser Betrag die versprochene Einlage übersteigt. Insoweit unterliegt der Aktivsaldo den Gläubigern gegenüber seiner freien Verfügung. Freilich solange er den Überschuß nicht erhoben hat, muß er sich gefallen lassen, daß derselbe als Teil des Gesellschaftsvermögens dem Zugriffe der Gesellschaftsgläubiger unterliegt (Canstein I., S. 487; Nothnagel, S. 68). Hieraus erhellt, daß die Worte des Gesetzes, daß der Kommanditist nur mit der Einlage haftet, die Rechtslage nicht zutreffend wiedergeben. Der Kommanditist haftet stets mit seinen Anteil an den im Gesellschaftsfonds befindlichen Gesellschaftsaktiven, auch wenn der Wert dieses Anteiles den Betrag seiner Einlage übersteigt. Die Gläubiger müssen allerdings dulden, daß im Konkurse der Gesellschaft der Kommanditist die seiner Einlage angewachsenen Zinsen und Gewinne als Konkursgläubiger liquidiert (auch hier anders Puchelt-Förtsch, Anm. 2). Durch besondere Abrede können natürlich die zugewachsenen Zinsen und Gewinne zur Einlage geschlagen werden, wie auch jede andere Erhöhung der Einlage gestattet ist.

d) Die Haftung wird beseitigt durch Einzahlung des versprochenen Betrages in den Gesellschaftsfonds. Als eingezahlt aber gilt den Gläubigern gegenüber die Einlage nur, wenn ein der Einlageziffer entsprechender Wert dem Gesellschaftsfonds zugeführt ist. Insoweit eine solche Zuführung nicht stattgefunden hat, ist die Einlage im Verhältnisse zu den Gläubigern als nicht eingezahlt zu betrachten. § 4.

[1]) Das d. HGB. hat durch entsprechende Textierung des § 171 die Ansicht, daß die Haftung des Kommanditisten eine direkte ist, akzeptiert (vergl. Denkschrift, S. 143).

Digitized by Google

Für diese sind daher auch die von den Gesellschaftern festgesetzten Illationspreise nicht unbedingt maßgebend (Behrend, § 89; vergl. auch unten § 12).

§ 5. . 2. Die Abs. 2 bis 6 enthalten Folgerungen aus diesem Prinzipe.

a) (Abs. 2 und 5.) Die Einlage des Kommanditisten kann während des Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch teilweise zurückbezahlt werden. Gestattet ist es den Gesellschaftern, den Kommanditisten ausscheiden zu lassen. (Art. 171). Tun sie dies, so hört seine Haftung für die nunmehrigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf. Gestattet ist ihnen zwar auch, dem Kommanditisten seine Einlage zurückzuzahlen oder zu erlassen, und wenn sie dies getan, so hat die Gesellschaft nicht etwa ein Klagerecht gegen den Kommanditisten auf Rückzahlung, wie Gareis-Fuchsberger (S. 297, Note 41) im Anschlusse an die verfehlten Ausführungen v. Krämels behaupten. Haben sie aber jene Rückzahlung und jenen Erlaß bewirkt, so haftet der Kommanditist in Höhe des zurückgezahlten oder erlassenen Betrages den Gesellschaftsgläubigern gleichwohl. Das ist die Konsequenz des im Abs. 1 aufgestellten Prinzips, daß der Kommanditist, solange er Mitglied der Gesellschaft ist, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe der versprochenen Einlage haftet. Eine Heranziehung des paulinianischen Rechtsgedankens ist zur Begründung dieser Haftung nicht erforderlich (dies gegen Anschütz-Völderndorff; zust. RG. 37, S. 87, beziehungsweise 138).

Dabei ist, wie wiederholt betont wird, lediglich der Betrag der versprochenen Einlage maßgebend. Was dieser an nicht erhobenen Gewinnen und Zinsen zugewachsen ist, kann zwar vom Kommanditisten zur Haftung für die Gesellschaftsschulden bestimmt werden. Darin liegt, wenn dies geschieht, vorläufig nur ein die Gesellschaft betreffendes Internum (K. Adler, S. 134). Nur wenn die Erhöhung der Einlage auf handelsübliche Weise kundgemacht wurde, führt dies zu einer entsprechenden Erhöhung der Haftungsgrenze; in diesem Falle muß man den Willen des Kommanditisten annehmen, nicht nur den Betriebsfonds der Gesellschaft, sondern auch seine Haftung zu erhöhen.[2]) Aber ohne solche Kundmachung unterliegt jener Überschuß der Haftung nicht und kann vom Kommanditisten der Gesellschaftskasse entnommen werden, ohne daß dadurch eine Haftung in entsprechender Höhe gegenüber den Gläubigern begründet würde (Hahn, § 5).

Unter Rückzahlung versteht man nicht bloß Barzahlung, sondern alle Zuwendungen von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens an den Kommanditisten, welche den Erfolg haben, seine im Gesellschaftsfonds steckende Einlage unter den versprochenen Betrag zu mindern. Dahin gehört auch die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Deckung seiner Privatschulden. Ebenso eine eigenmächtige Verfügung des Kommanditisten über das Gesellschaftsvermögen in seinem Privatinteresse, wie sie namentlich dann vorkommen kann, wenn demselben ausnahmsweise die Geschäftsführung übertragen ist. Nicht dahin gehören Zuwendungen an den Kommanditisten, die auf einer Verpflichtung der Gesellschaft beruhen (vergl. Behrend, § 89).

---

[2]) Vergl. jetzt § 172, Abs. 2 d. HGB.: „Auf eine nicht eingetragene Erhöhung der im Handelsregister ersichtlichen Einlage können sich die Gläubiger nur berufen, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht worden ist." Vergl. hiezu auch Denkschrift, S. 144.

Digitized by Google

b) (Abs. 3 und 5.) **Verminderung der Einlage durch Zinserhebung ist den Gläubigern gegenüber verboten.** Den Gesellschaftern ist gestattet, Zinsen den Kommanditisten gutzuschreiben, ganz ohne Rücksicht, ob die Gesellschaft etwas verdient hat oder nicht und ob seine Einlage vermindert ist oder nicht. Ja, der Kommanditist kann die gutgeschriebenen Zinsen auch erheben und die Auszahlung im Wege der Klage erzwingen (Art. 161). Aber den Gläubigern gegenüber haftet er, insoweit er Zinsen erhoben hat, durch welche seine Einlage vermindert wurde. Das ist der Sinn des Abs. 3, zusammengehalten mit Abs. 5. Auch hier ist darauf hinzuweisen, daß das Gesetz nur eine Verminderung der **versprochenen** Einlage verhüten will. Die der versprochenen Einlage anwachsenden Zinsen können entnommen werden, ohne daß dies eine Haftung gegenüber den Gläubigern zur Folge hat. § 6.

c) (Abs. 4 und 5.) **Verbot der Erhebung von Zinsen oder Gewinn bis zur Wiederergänzung der verminderten Einlage.** Ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Kommanditist den **Gesellschaftern** gegenüber verpflichtet ist, seine verminderte Einlage durch Nichterhebung von Zinsen und Gewinn ergänzen zu lassen (vergl. Art. 161, Abs. 3), bestimmt der vorliegende Abs. 4, daß, wenn er Zinsen oder Gewinn bezieht, ehe seine verminderte Einlage wieder die versprochene Höhe erreicht hat, er den **Gläubigern** insoweit haftet. Das wird besonders wichtig bei Zusagen bestimmter Dividende (Förtsch, Anm. 11). § 7.

d) (Abs. 6.) **Bona fides als ausnahmsweiser Nichthaftungsgrund.** Von der Haftung in Höhe der zu Unrecht erhobenen Zinsen und Gewinne — nicht auch der zu Unrecht erhobenen Einlage! — ist hier eine Ausnahme gemacht unter der doppelten Voraussetzung, daß die Bilanz im guten Glauben aufgestellt und die Bezüge im guten Glauben empfangen sind. § 8.

Der gute Glaube besteht darin, daß man der Ansicht war, die Bilanz widerspreche nicht den Vorschriften dieses Artikels. Der gute Glaube wird nicht ausgeschlossen durch absichtlich unterlassene Prüfung.

Zusatz 1. Als weitere Konsequenzen für das obligatorische Rechtsverhältnis des Kommanditisten zu den Gläubigern der Gesellschaft ergeben sich aus dem Grundgedanken des vorliegenden Artikels: § 9.

a) **Die Haftung des Kommanditisten ist eine solidarische** mit der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern, Komplementaren und Kommanditisten. Für diese solidarische Verbindlichkeit gelten dieselben Regeln, wie sie in den §§ 1 bis 7 zu Art. 112 entwickelt sind, nur mit der Maßgabe, daß die Haftung hier eine ziffermäßig beschränkte ist. Es kann z. B. aus einem von der Kommanditgesellschaft akzeptierten Wechsel verklagt werden: einmal die Gesellschaft, sodann der Komplementar und endlich jeder Kommanditist, soweit dessen Einlage nicht dem Gesellschaftsfonds einverleibt ist (§ 4 daselbst), und zwar nach Wahl des Gläubigers alle zusammen oder nur einer oder einzelne von ihnen, und endlich am Erfüllungsorte der Gesellschaft, wenn dieser für sie das forum contractus begründet, da sowohl der Komplementar als auch der Kommanditist aus gleichem Rechtsgrunde wie die Gesellschaft haftet, der Erfüllungsort der Gesellschaft also für ihn Erfüllungsort ist (§ 5 daselbst), vergl. ROHG. 24, S. 166.

b) **Das Ziel der vom Gläubiger** gegen den Kommanditisten gerichteten Klage ist Zahlung einer Geldsumme an den Gläubiger. § 10.

Digitized by Google

α) Zahlung einer Geldsumme. Verabredungen der Gesellschafter, welche sich auf die Modalitäten der Einbringung beziehen, mögen sie Gegenstand, Art oder Frist der Illation betreffen, greifen den Gläubigern gegenüber nicht durch (Behrend, § 89, Anm. 22). Bezüglich der den Kommanditisten durch den Gesellschaftsvertrag gewährten Zahlungsfristen hat dies das Reichsgericht ausdrücklich ausgesprochen (Bd. 1, S. 72).

β) An den Gläubiger, nicht etwa an die Gesellschaftskasse. Die Gesellschaft braucht sich solche Rückzahlung gar nicht gefallen zu lassen, nachdem der Kommanditist sein Recht, mit dieser höheren Summe beteiligt zu sein, ihr gegenüber wirksam aufgegeben hat.

§ 11. c) Als Einreden stehen dem Kommanditisten nicht bloß persönliche Befreiungsgründe zu, sondern alle Einreden, welche der Gesellschaft zustehen. In solcher Verteidigung liegt keine Disposition über ein Aktivum der Gesellschaft, sondern lediglich das Bestreiten einer Gesellschaftsschuld. Selbst Kompensationseinreden der Gesellschaft sind nicht ausgeschlossen (vergl. Art. 169; Schwalb in GZ. 34, S. 421). Weiteres über die Einreden des Beklagten § 12.

§ 12. d) **Die prozessuale Gestaltung der Klage**[3]) ist nach Behrends treffender Darstellung (§ 89, Nr. VI) folgende: Der Gläubiger begründet seine Klage durch den Hinweis auf die Einlagepflicht des Kommanditisten.

Dieser kann einwenden, und hat, wenn er dies tut, zu beweisen, daß er die Einlage zum Gesellschaftsfonds eingebracht habe (Canstein I., S. 489; ROHG. 25, S. 279). Er kann die Einlegung noch im Laufe des Prozesses bewirken und alsdann wirksam vorschützen (weil gemäß § 406 ZPO. die Sachlage zur Zeit der Urteilsfällung für den Inhalt der Entscheidung maßgebend ist), ja sogar noch nach der Verurteilung gemäß § 35 EO., weil sie durch die Verbindlichkeit des Kommanditisten erloschen ist, nicht wie Pollitzer, S. 212, behauptet, weil das Exekutionsobjekt weggefallen ist; denn die Einlage des Kommanditisten ist nicht das allein der Exekution unterworfene Haftungsobjekt, sondern Haftungsgrenze; bis zu dieser Haftungsgrenze ist Haftungsobjekt und Exekutionsobjekt des Kommanditisten sein ganzes Vermögen (vergl. Nothnagel, S. 62).

Kläger kann dann replizieren, die dem Gesellschaftsfonds zugeführte Einlage sei nachträglich den Vorschriften des vorliegenden Artikels zuwider verkürzt worden. Selbstverständlich aber kann diese Replik auch in der Klage vorweg genommen werden, zumal wenn der Kläger die Erfüllung der Einlagepflicht an sich zugeben will.

Der klägerischen Behauptung gegenüber, die Einlage sei dem Gesetze zuwider verkürzt, kann Beklagter die seinerseits zu beweisende Berufung auf die zweifache bona fides nach Maßgabe des Abs. 6 vorschützen.

Endlich steht der Einrede, daß die Einlage zum Gesellschaftsfonds geleistet sei, die Behauptung gleich, daß in Höhe derselben bereits Gesellschaftsgläubiger befriedigt seien (RG. 7, S. 48; Blaschke-Pitreich, S. 168). Es genügt aber nicht der Einwand, daß der Kommanditist bereits anderweitig verklagt oder verurteilt sei. Andrerseits aber kann er den Einwand noch vorschützen, wenn die Befriedigung des anderen Gläubigers erst nach der Klageerhebung, ja gemäß § 35 EO. selbst dann, wenn sie erst nach dem Urteile erfolgt ist. Der Erhebung des Einwandes steht nicht entgegen, daß

---

[3]) Wem steht im Konkurse die Geltendmachung der Rechte zu, dem Konkursverwalter oder den einzelnen Gläubigern? Siehe hierüber § 5 zu Art. 169.

Digitized by Google

der Kommanditist für die Schuld auch die Bürgschaft übernommen hatte (RG. 7, S. 48), weil es nicht darauf ankommt, ob die Befriedigung in der ausgesprochenen Absicht, der Verpflichtung aus Art. 165, Abs. 5, zu genügen erfolgt ist, sondern nur objektiv darauf, daß eine Schuld der Gesellschaft gezahlt wurde.

Auch eine durch Kompensation mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft bewirkte Aufhebung der Einlagepflicht kann der Kommanditist dem Anspruche der Gläubiger entgegensetzen (zust. RG. 37, S. 86, beziehungsweise 137; LG. I, Berlin in GZ. 42, S. 535; dagegen Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, 2. Aufl., S. 523, und anscheinend ihm folgend Hasenöhrl II., S. 565, Note 93). Solche Aufrechnung kann auch geschehen, wenn die Schuld der Gesellschaft zur Zeit des Eintrittes des Kommanditisten schon bestand. Bestimmt freilich der Gesellschaftsvertrag, daß trotz der Schuld die Einlage bar gezahlt werden soll, so würde eine spätere Aufrechnung den Gläubigern nicht entgegengesetzt werden können. Daß die Schuld der Gesellschaft schon vor der Eintragung bestand, hindert an sich die Aufrechnung nicht. Denn die Eintragung muß auch dann erfolgen, wenn bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Aufrechnung vereinbart war. (So zutreffend Förtsch, Anm. 3 a, gegen RG. 17, S. 40, und unsere 1. Auflage.)

e) **Der Regreß des in Anspruch genommenen Kommanditisten.** Da es vor- § 13. kommen kann, daß der Kommanditist nach dem vorliegenden Artikel an die Gläubiger herauszahlen muß, was er von der Gesellschaft rechtmäßig erhalten hat, so muß es ihm gestattet sein, gegen die Gesellschaft insoweit Regreß zu nehmen. Diese Regreßnahme richtet sich nach dem, was für den Regreß unter offenen Handelsgesellschaften gilt (vergl. § 7 zu Art. 112). Er kann also nach Art. 93, welcher auch für die Kommanditgesellschaft anwendbar ist (§ 4 zu Art. 157), Regreß gegen die Gesellschaft nehmen, während des Bestehens der Gesellschaft aber nicht gegen die anderen Gesellschafter.

f) **Auch der Kommanditist kann Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft** § 14. **sein.** Für dieses Verhältnis gilt das im § 9 zu Art. 112 Gesagte.

Zusatz 2. Von der Haftung des Komplementars sagt der Artikel nichts. § 15. Diese setzt er schon auf Grund des Art. 150 voraus, für diese Haftung gelten die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Rechtsregeln voll und ganz (vergl. die Erläuterung zu Art. 112).

Artikel 166.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe des vorhergehenden Artikels für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Änderung erleiden oder nicht.

Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung

Der Artikel ist dem Art. 113 nachgebildet. Seine Erläuterung hat auseinanderzuhalten, welche Fälle getroffen sind.

1. **Der Artikel bezieht sich:**

a) **Auf den Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende offene** § 1. **Handelsgesellschaft.** Ein solcher sogenannter Eintritt involviert die Neugründung einer Kommanditgesellschaft, keinen Eintritt in eine Gesell-

Digitized by Google

schaft.[1]) Denn im Rechtssinne ist in einem solchen Falle die offene Handelsgesellschaft aufgelöst, die Kommanditgesellschaft neu entstanden (RG. 32, S. 47). Der Kommanditist haftet kraft der positiven Vorschrift des vorliegenden Artikels in solchem Falle für die Schulden der bisherigen offenen Handelsgesellschaft, aber selbstverständlich nur in Höhe seiner Einlage, und es wird hieran auch dadurch nichts geändert, daß die Eintragung erst einige Zeit nach seinem Eintritte erfolgt. In diesem Falle haftet er nach Art. 163, Abs. 3, zwar in vollem Umfange, dies aber nur für die zwischen seinem Eintritte und der Eintragung entstehenden Verbindlichkeiten (ROHG. 12, S. 14), für die früheren Schulden nur beschränkt.

b) **Auf den Eintritt eines Kommanditisten in eine Kommanditgesellschaft.** Auch hier haftet er für die vor seinem Eintritte entstandenen Schulden, natürlich nur mit seiner Einlage (vergl. § 1). Für die nach seinem Eintritte entstandenen Schulden haftet er unter Umständen sogar voll, wenn nämlich der Fall des Art. 163, Abs. 3 vorliegt (vergl. § 6 zu Art. 163) oder wenn der Fall des Art. 167, Abs. 3, vorliegt.

§ 2. 2. **Der Artikel bezieht sich nicht auf den Eintritt eines Kommanditisten in das Geschäft eines Einzelkaufmannes.** Hierin ist die Gründung einer Kommanditgesellschaft zu finden, ein Übergang der Schulden auf die Kommanditgesellschaft liegt nur dann vor, wenn eine ordnungsmäßige Übernahme erfolgt ist (vergl. § 1 zu Art. 113).

§ 3. 3. **Der Artikel bezieht sich ferner nicht auf den Eintritt eines Komplementars in eine Kommanditgesellschaft.** Doch ist dessen Haftung für die Vorschulden als selbstverständlich vorausgesetzt (vergl. Art. 150, Abs. 2).

§ 4. 4. **Im übrigen vergl. die Erläuterung zu Art. 113.**

Artikel 167.

Die Kommanditgesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet; sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, ist aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet.

Einleitung. **Der Artikel erklärt die Komplementare zu Vertretern der Gesellschaft in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten** (Abs. 1), bestimmt, daß an jeden zur Vertretung der Gesellschaft befugten Komplementar gültig zugestellt werden kann (Abs. 2), und ordnet an, was Rechtens ist, wenn der Kommanditist für die Gesellschaft handelnd auftritt (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Komplementare sind die Vertreter der Gesellschaft nach außen.** Sie sind dies in demselben Sinne, in welchem es die offenen

[1]) Anders jetzt nach § 162, Abs. 3 d. HGB.

Digitized by Google

Gesellschafter sind, und alle für diese gegebenen Bestimmungen (Art. 114 bis 118) gelten auch für die Komplementare einer Kommanditgesellschaft.

Insbesondere sind sie

a) (vergl. Art. 114) zu allen Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft ermächtigt (§ 1 daselbst), können auch mit sich selbst kontrahieren (§ 2), und es kann dem Gegenkontrahenten kein anderer Einwand entgegengesetzt werden, als der der Kollusion (§ 3); durch alle Rechtshandlungen wird die Gesellschaft unmittelbar verpflichtet (§ 4), dieselbe steht insbesondere für den dolus des Komplementars ein (OLG. Dresden in Busch, Archiv 47, S. 71; RG. 10, S. 301), und selbst Delikte, welche er im Namen der Gesellschaft bei Führung der Gesellschaftsgeschäfte begeht, erzeugen eine Haftpflicht der Gesellschaft (§ 5 zu Art. 114; vergl. für letzteres Bolze 1, Nr. 960).

b) (Vergl. Art. 86, Nr. 4 und Art. 115.) Die Komplementare können auch von der Vertretung ausgeschlossen werden, jedoch nicht alle, daher nicht der einzige Komplementar (AdlCl. 1943). Auch zu Kollektivvertretern können die Komplementäre bestellt werden, jedoch nicht so, daß ein Komplementar nur zusammen mit einem Prokuristen, z. B. mit einem zum Prokuristen bestellten Kommanditisten die Gesellschaft vertreten darf (AdlCl. 2145). § 2.

c) (Vergl. Art. 116.) Ihre Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber uneinschränkbar. § 3.

d) (Vergl. Art. 117). Ihre Vertretungsmacht erstreckt sich insbesondere auch auf die Vertretung vor Gericht, in specie auf die Vernehmung als Partei (vergl. auch § 3 zu Art. 164). § 4.

e) (Vergl. Art. 118.) Sie haben endlich die Prokuristen zu ernennen und abzusetzen. § 5.

2. (Abs. 2.) **Zustellungen erfolgen mit Rechtswirkung an die Komplementare,** und zwar an jeden von ihnen, wenn sie auch kollektivberechtigt sind. An die Kommanditisten kann die Zustellung unter Umständen mit Rechtswirkung erfolgen, wenn sie Prokuristen oder Handlungsgehilfen sind. Klagt der Komplementar gegen die Gesellschaft, so kann er nicht an sich selbst zustellen lassen (RG. 7, S. 404). Fehlt es in einem solchen Falle an einem gesetzlichen Vertreter, so greift § 8 ZPO. Platz. § 6.

3. (Abs. 3.) **Der Kommanditist macht sich voll haftbar, wenn er für die Gesellschaft handelt ohne ausdrückliche Erklärung, daß er als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle.** § 7.

a) Vorausgesetzt ist dabei, daß er in der Tat als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handelt, das heißt als solcher bestellt ist. Ist dies nicht der Fall, so kann er entweder handeln auf Grund einer im Gesellschaftsvertrage ihm übertragenen Geschäftsführung — in einem solchen Falle wird die nach innen übertragene Geschäftsführung, so bald sie nach außen zum Abschlusse von Geschäften führt, zur Vertretung und macht den Kommanditisten solidarisch haftbar (vergl. Puchelt, Anm. 2) — oder aber es handelt der Kommanditist ohne jede Befugnis für die Gesellschaft; alsdann haftet er zwar auch voll, aber nicht auf Grund des vorliegenden Artikels, sondern als falsus procurator nach Art. 298, Abs. 2 (Behrend, § 89, Anm. 40). § 8.

Vorausgesetzt ist ferner Handeln im Namen der Gesellschaft. Handelt er für sich, so haftet er aus anderem Rechtsgrunde.

Digitized by Google

§ 9. b) Ist er aber zum Prokuristen oder Bevollmächtigten bestellt und handelt er im Namen der Gesellschaft, will aber nicht voll haften, so muß er dem Gegenkontrahenten ausdrücklich erklären, daß er als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle.

α) Die Form dieser Erklärung ist nicht vorgeschrieben. Sie muß ausdrücklich sein, das heißt unzweideutig erkennen lassen, daß der Kommanditist nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handelt. Ausdrücklich bedeutet nicht etwa: mit ausdrücklichen Worten (Bolze 17, Nr. 342). Ob die Erklärung genügend ist, muß von Fall zu Fall aus den Umständen und dem im Verkehre Üblichen entnommen werden (vergl. Puchelt, Anm. 4). Danach beantwortet sich auch die von Laband in GZ. 10, S. 217 verneinte Frage, ob es genüge, daß der Kommanditist „im Auftrage der Gesellschaft" handle. Das wird doch regelmäßig zu bejahen sein (dagegen Rothnagel, S. 54, N. 38).

§ 10. β) Die Erklärung muß im konkreten Falle abgegeben werden. Allgemeine Maßregeln, wie z. B. Zirkulare, gewähren keinen Schutz; auch nicht die Registrierung und Bekanntmachung der Prokura (Behrend, § 89, Anm. 40; ROHG. 7, S. 416; Hahn, § 3; Förtsch, Anm. 4).

§ 11. γ) Hat der Kommanditist diese Erklärung nicht abgegeben, so haftet er wie ein persönlich haftender Gesellschafter; und es ist gleichgültig, ob der Gegenkontrahent seine Kommanditisteneigenschaft oder seine Eigenschaft als Prokurist oder Bevollmächtigter kannte (zust. Rothnagel, S. 54, Note 38).[1])

§ 12. **Zusatz.** (Zu Abs. 3.) Wie weit der Kommanditist die Gesellschaft verpflichtet, hängt von der Art seiner Vollmacht oder seiner Vertretungsbefugnis ab. Bei Überschreitung der Vertretungsbefugnis kommen die Art. 55 und 298 Abs. 2 zur Anwendung, er haftet als falsus procurator.

Artikel 168.

Der Name eines Kommanditisten darf in der Firma der Gesellschaft nicht enthalten sein; im entgegengesetzten Falle haftet er den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter.

Einleitung. **Der Artikel verbietet, daß der Name des Kommanditisten in der Firma der Gesellschaft enthalten sei, zur Vermeidung der Vollhaftung desselben für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.**

Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf die neugebildete Kommanditgesellschaft als auf den Erwerb eines Handelsgeschäftes mit Firma durch eine bestehende Kommanditgesellschaft und den Eintritt eines neuen Kommanditisten. Sie verschärft solchergestalt den Art. 17 und modifiziert die Art. 22 und 24.

Die Bedeutung der Vorschrift liegt in der im Gesetze angedrohten Folge der Vollhaftung.

§ 1. 1. **Voraussetzung der Haftung** ist, daß entgegen diesem Verbote der Name des Kommanditisten in der Firma der Gesellschaft enthalten ist. Bestritten ist, ob für diese Haftung die Zustimmung des Kommanditisten zu der verbotenen Firmenführung vorausgesetzt ist (dafür ROHG. 23, S. 54; Puchelt, Anm. 4; Hahn, § 3; verneinend Thöl, 6. Aufl., § 105, I, a. E.; Wendt bei Endemann I., S. 434 und 468;

[1]) Das d. HGB. enthält keine dem Art. 167, Abs. 3 entsprechende Bestimmung.

Digitized by Google

Randa II., S. 44). Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden: Gegenüber dem gutgläubigen Dritten kommt es auf die Kenntnis des Kommanditisten nicht an. Der Kommanditist hat durch Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses Anlaß gegeben, zum Mißbrauche seines Namens. Er und nicht der unbeteiligte Dritte, dem gegenüber der Anschein erweckt wird, als wäre der Kommanditist persönlich haftender Gesellschafter, muß daher den Schaden tragen, der aus diesem Vertrauensmißbrauch entsteht. Der Dritte aber, der weiß, daß die Person, deren Name in der Firma enthalten ist, der Gesellschaft nur als Kommanditist angehört und von der Aufnahme ihres Namens in die Firma nichts weiß, kann sich auf den äußeren Tatbestand eines nicht bestehenden und von ihm auch gar nicht vorausgesetzten Rechtsverhältnisses nicht berufen. Hat der Kommanditist von der Aufnahme seines Namens in die Firma gewußt oder sie geduldet (vergl. Nothnagel, S. 53), so kann er gegenüber niemand die Haftung als persönlich haftender Gesellschafter ablehnen (vergl. § 7 zu Art. 110).

2. **Der Umfang der Haftung** richtet sich nach Art. 112; auf dessen Erläuterung ist zu verweisen.

Zusatz. Ob eine den Vorschriften dieses Artikels zuwiderlaufende Firma gültig und eintragungsfähig ist, ist bestritten. Bei der Neugründung darf sie jedenfalls nicht eingetragen werden (vergl. Art. 17), aber auch sonst nicht, weil sie der wahren Rechtslage widerspricht, indem sie eine Angabe enthält, aus welcher die persönliche Haftung des betreffenden Gesellschafters hervorgeht, während gleichzeitig in das Handelsregister die beschränkte Beteiligung eingetragen werden muß (vergl. Anschütz und Völderndorff Nr. III, anders Renaud, Kommanditgesellschaft, S. 133; Förtsch, Anm. 3). § 2.

Die Kommanditgesellschaft wird selbstverständlich durch die Wahl und Führung einer solchen Firma in ihrem Rechtsbestande nicht beeinträchtigt (§ 4 zu Art. 150.)[1])

Artikel 169.

Die Bestimmungen der Art. 119, 120, 121 und 122 finden auch bei der Kommanditgesellschaft Anwendung.

Einleitung.

Der Artikel dehnt die Anwendbarkeit der Art. 119 bis 122 auf die Kommanditgesellschaft aus. Es sind das diejenigen Artikel, welche auf der Eigenschaft des Gesellschaftsvermögens als eines von den Gesellschaftern aus ihrem Privatvermögen ausgeschiedenen und den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Sondervermögens beruhen. Diese Eigenschaft hat das Gesellschaftsvermögen hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (vergl. § 2 zu Art. 157).

1. **Die Anwendung des Art. 119: Ausschluß des Gesellschaftsvermögens vom Zugriffe der Privatgläubiger.** Weder die Privatgläubiger der Komplementare noch die der Kommanditisten sind befugt, zum Zwecke ihrer Befriedigung das Gesellschaftsvermögen mit Pfändung oder Arrest anzugreifen. Privatgläubiger sind insbesondere auch die Gesellschaftsgläubiger, insofern sie die Komplementare oder die Kommanditisten persönlich in Anspruch nehmen (nähere Erläuterung vergl. §§ 1 bis 4 zu Art. 119). § 1.
2. **Anwendung des Art. 120:** Sonderrechte am Privatvermögen der Gesellschafter, seien dies die Komplementare oder Kommanditisten, ergreifen nicht § 2.

[1]) In das d. HGB. wurde eine dem Art. 168 entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen.

Digitized by Google

das Gesellschaftsvermögen, werden jedoch selbst durch diese Vorschrift in ihrer Existenz nicht berührt. (Näheres vergl. §§ 1 bis 3 zu Art. 120.)

§ 3. 3. **Anwendung des Art. 121**: Das Kompensationsrecht findet für und gegen die Komplementare und Kommanditisten in gleicher Weise Anwendung, wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Es kann z. B. ein wegen einer Gesellschaftsschuld verklagter Kommanditist eine Gesellschaftsforderung excipiendo entgegenhalten (vergl. § 11 zu Art. 165), nicht aber ein wegen einer Privatschuld verklagter Kommanditist.

§ 4. 4. **Anwendung des Art. 122**: Dieser enthält zwei Bestimmungen:

a) einmal, daß die Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Kommanditgesellschaft unterliegt keinem Zweifel.

§ 5. b) Zweifel aber erregt die Anwendbarkeit der zweiten im Art. 122 enthaltenen Vorschrift. Danach sollen die Gesellschaftsgläubiger sich bei Ausbruch des Konkurses über die Gesellschaft an das Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalles im Gesellschaftskonkurse halten. Ist gleichzeitig über das Privatvermögen der Gesellschafter Konkurs eröffnet, so ist die Anwendung der Vorschrift zweifelsfrei.

Aber wenn das Privatvermögen der Gesellschafter konkursfrei ist[1]), so taucht zunächst auch hier wieder der Zweifel auf, ob die Vorschrift der Subsidiarität auch für diesen Fall Platz greift. Die herrschende Ansicht bejaht dies (vergl. § 3 zu Art. 122). Hienach ist bezüglich der Komplementäre, je nachdem man der einen oder der anderen Ansicht ist, anzunehmen, daß sie beim Ausbruche des Gesellschaftskonkurses nach wie vor solidarisch oder nur subsidiär hinsichtlich des Konkursausfalles haften.

Hinsichtlich der Kommanditisten aber entsteht ein weiterer Zweifel. Hier will man den Gläubigern überhaupt das Recht absprechen, während des Gesellschaftskonkurses persönlich vorzugehen. Also auch dann, wenn die Höhe ihres Ausfalles feststeht oder sie auf die Beteiligung am Gesellschaftskonkurse verzichten. Man nimmt an, daß die Kommanditisten ihre Einlagerückstände an den Masseverwalter zu zahlen haben. Dieser allein sei legitimiert, die Rechte der Gläubiger geltend zu machen (RG. 1, S. 69; besnders RG. 37, S. 85 und 133;[2]) Behrend, § 90, Anm. 10; Puchelt, Anm. 2; Cosack, S. 601; Pollitzer, S. 214; Randa II., S. 222). Richtig ist dies, soweit es sich um solche Rechte handelt, welche auch der Gesellschaft selbst zustehen, also z. B. die Ansprüche auf rückständige Einlagen oder irrtümlich gemachte Zurückzahlungen; unrichtig ist es, soweit es sich um solche Einlageverkürzungen handelt, welche nach Art. 165 lediglich den Gläubigern gegenüber eine Rechtswidrigkeit darstellen und deshalb den Gläubigern gegenüber eine selbständige Haftungspflicht begründen. Diese letztere kann der Masseverwalter nicht geltend machen. Denn der Konkurs hat regelmäßig nicht zur Folge, für die Masse selbständige Rechte zu begründen, für sie höhere Rechte entstehen zu lassen, als sie dem Gemeinschuldner zustanden, sondern entzieht regelmäßig nur dem Gemeinschuldner sein Verwaltungs- und Verfügungs-

[1]) Bei den Komplementaren wird dies in der Praxis in Hinblick auf die Bestimmung des § 199 KO. nur selten vorkommen (vergl. § 3 zu Art. 122).

[2]) Die beiden Urteile sind identisch; ihr doppelter Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen beruht wohl nur auf einem Versehen.

Digitized by Google

recht (§ 1 KO.). Nur ausnahmsweise bei den Anfechtungsansprüchen entsteht ein von den Rechten des Gemeinschuldners unabhängiges Recht.[3])

Zusatz. Über den Konkurs der Kommanditgesellschaft mag hier noch folgendes bemerkt werden: Die Verhängung des Gesellschaftskonkurses zieht von Gesetzes wegen die Verhängung des Konkurses über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter, nicht auch über das der Kommanditisten nach sich (§ 199 KO.). Zur Stellung des Konkursantrages sind nur die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt; sie allein trifft auch die Verpflichtung, die Anzeige von der Zahlungseinstellung zu erstatten und die Bilanz vorzulegen (§ 197 KO.). Als Gemeinschuldner im Konkurse der Kommanditgesellschaft sind bloß die Komplementare, nicht auch die Kommanditisten anzusehen (vergl. § 1 zu Art. 4). Zum Zwangsausgleiche ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter notwendig und genügend (§ 238 KO.). Durch den Zwangsausgleich wird auch die Haftung der Kommanditisten auf den Akkordbetrag eingeschränkt. § 238 KO. spricht diese Wirkung zwar nur rücksichtlich der persönlich haftenden Gesellschafter aus (verba: „solcher Gesellschafter"). Hieraus läßt sich jedoch hinsichtlich der Kommanditisten nicht arg. a contr. das Gegenteil folgern. Denn das, was der Schlußsatz des § 238 KO. ausdrücklich bestimmt, würde sich schon aus der Erwägung ergeben, daß durch den Ausgleich die Gesellschaftsschuld selbst auf den Akkordbetrag reduziert wird und der Gegenstand der Solidarhaft der Gesellschafter, der persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten, derselbe ist wie der Gesellschaftsschuld (vergl. Frankl, S. 69; § 4 zu Art. 112; § 9 zu Art. 165). § 6.

Artikel 170.

Wenn ein Kommanditist stirbt oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Im übrigen gelten die in den Art. 123 bis 128 für die offene Gesellschaft gegebenen Bestimmungen auch für die Kommanditgesellschaft.

Vorbemerkung zu den Art. 170 bis 172. Dieselben entsprechen dem 4. und 6. Abschnitt von Titel 1, Buch 2, über Auflösung, Austreten, Liquidation und Verjährung. Einleitung.

Der vorliegende Artikel erklärt die Art. 123 bis 128 für die Auflösung der Gesellschaft und das Ausscheiden von Gesellschaftern für anwendbar, nur mit einer Modifikation. Die prinzipielle Anwendbarkeit ist im Abs. 2, die Modifikation im Abs. 1 ausgesprochen. Die letztere hat ihren Grund darin, daß bei der Beteiligung des Kommanditisten der Schwerpunkt nicht in seiner persönlichen, sondern nur in seiner pekuniären Teilnahme liegt.

1. (Abs. 1.) Die hier ausgesprochene Modifikation besteht darin, daß der Tod des Kommanditisten und die rechtliche Unfähigkeit desselben zur Verwaltung des Vermögens keine Auflösungsgründe sind. § 1.

   a) **Der Tod des Kommanditisten.** An seine Stelle treten seine Erben, jedoch nur diejenigen, welche als allgemeine Rechtsnachfolger des Kommanditisten zu betrachten sind, nicht auch die Legatare (Makower, Anm. 27a; anders Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 203). Die Erben treten mit allen Rechten und Pflichten, insbesondere hinsichtlich der Geschäftsführung, in die Gesellschaft ein. Die Rechtslage ist dieselbe wie in den

[3]) § 171 d. HGB. erhebt die im Texte nicht gebilligte Ansicht zum Gesetz.

Digitized by Google

Fällen, wo in der offenen Handelsgesellschaft die Fortsetzung mit dem Erben vereinbart ist (vergl. daher § 5 zu Art. 123). Insbesondere muß der Erbe des Kommanditisten eingetragen werden (vergl. Bolze 3, Nr. 794; abweichend Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 202). Die Auflösung derjenigen Gesellschaft, welche als Kommanditistin beteiligt ist (inwieweit dies zulässig ist, darüber vergl. § 6 zu Art. 150), bedeutet nicht etwa das Gleiche, wie der Tod des Kommanditisten, und hat nicht etwa den Eintritt derjenigen Personen zur Folge, welchen das Gesellschaftsvermögen überwiesen wird. Denn Auflösung ist bei der Handelsgesellschaft nicht Untergang. Beteiligt bleibt vielmehr die Gesellschaft auch nach ihrer sogenannten Auflösung, solange bis die Kommanditgesellschaft sich mit ihr auseinandergesetzt oder sie ihren Kommanditanteil in zulässiger Weise veräußert (vergl. Behrend, § 94, Anm. 3; Johow 14, S. 53; zust. Förtsch, Anm. 4).

§ 2. b) **Die rechtliche Unfähigkeit eines Kommanditisten zur Verwaltung seines Vermögens** ist kein Auflösungsgrund, wohl aber der Konkurs, der hievon wohl zu unterscheiden ist. Die Ausdehnung der Ausnahmen auf diesen Fall war geplant, unterblieb aber schließlich (P. 4645). Ob im Gesellschaftsvertrage gültig vereinbart werden kann, daß trotz des Konkurses die Gesellschaft mit dem Kridatar fortgesetzt werden soll, und ob nachträglich mit dem Massenverwalter vereinbart werden kann, daß die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt werde, darüber vergl. § 4 zu Art. 123.

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Im übrigen finden die Art. 123 bis 128 auf die Kommanditgesellschaft Anwendung.**

a) **Art. 123.** Insbesondere ist der Tod des Komplementars oder seine rechtliche Unfähigkeit, auch sein Konkurs ein Auflösungsgrund.

Über letzteren gilt folgendes:

Der Konkurs des Kommanditisten ist kein kaufmännischer, da der Kommanditist nicht Kaufmann ist (vergl. § 1 zu Art. 4). Die Bestimmung des § 200 KO. bezieht sich nicht auf den Konkurs des Kommanditisten. Die Gesellschaft muß ihre Forderungen gegen den Kommanditisten bei dessen Konkursmasse wie jeder andere Konkursgläubiger anmelden, auch die Forderung auf Leistung der rückständigen Einlage. Auch hinsichtlich dieser Forderung muß sie sich mit der auf sie entfallenden Quote begnügen; denn die Einlage des Kommanditisten bildet erst, wenn sie aus dessen Vermögen ausgeschieden und mit dem Gesellschaftsvermögen vereinigt, ein der ausschließlichen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gewidmetes Vermögensobjekt. Kraft besonderer Vorschrift ist der Konkurs über das Vermögen eines Kommanditisten von Amts wegen im Handelsregister anzumerken (§ 204 KO.).

Einen Fall der Anwendung von Art. 123, Nr. 6, vergl. in RG. 21, S. 93. Zur Auflösung der Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft (Art. 123, Nr. 4) gehört auch die Zustimmung der Kommanditisten.

b) **Art. 124.** Insbesondere kann die Kündigung auch vom Kommanditisten ausgehen. Einen Fall der Anwendung dieses Artikels vergl. ebenfalls RG. 21, S. 93.

c) **Art. 125.** Auch der Kommanditist kann die Auflösung verlangen; selbst Gründe, die in seiner Person liegen, können hiezu geeignet sein (Vollitzer, S. 215).

d) **Art. 126.** Auch das Vorgehen eines Gläubigers des Kommanditisten kann die hier vorgesehene Auflösung zur Folge haben.

Digitized by Google

e) **Art. 127.** Die hier vorgesehene Fortsetzungsvereinbarung setzt die Zustimmung des Kommanditisten voraus. Sie ist nur rechtswirksam, wenn mindestens ein Komplementar verbleibt. Der Fortfall des einzigen Komplementars hat die Auflösung der Gesellschaft zur unvermeidlichen Folge (Kammergericht bei Johow 11, S. 29; Förtsch, Anm. 5), desgleichen aber auch der Fortfall des letzten Kommanditisten (vergl. zu f Abs. 4).

f) **Art. 128.** Auch gegen den Kommanditisten kann auf Ausschließung geklagt werden (Makower, Anm. 27 e).

Zur Anstellung der Ausschließungsklage ist der Antrag aller Gesellschafter, also auch der Kommanditisten erforderlich.

Die Ausschließung des Komplementars ist begrifflich nicht möglich, § 4.
wenn nur ein Komplementar vorhanden ist, weil ohne Komplementar die Kommanditgesellschaft nicht bestehen kann. Hier ist nur Auflösungsbegehren statthaft (Förtsch, Anm. 5).

Das Gleiche aber gilt, wenn nur ein Kommanditist vorhanden ist. Auch ohne Kommanditisten kann die Kommanditgesellschaft nicht bestehen. (Anschütz und Völderndorff, Nr. IV; Willenbücher, S. 175). Auf entgegengesetztem Standpunkte steht in letzterer Hinsicht Behrend, (§ 90, Anm. 4). Er sagt, die Ausschließung sei solange möglich, als nach dem Austritte noch eine Handelsgesellschaft verbleibe, seien daher mehrere Komplementare vorhanden, so habe der Austritt der Kommanditisten die Verwandlung der Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft zur Folge. (So auch AdlCl. 1309; Randa II., S. 222, und Canstein I., S. 568, Note 36, für den Fall, daß der Kommanditist die Liquidation nicht verlangt.) Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Werden alle Kommanditisten ausgeschlossen, so kann die Kommanditgesellschaft nicht fortbestehen, muß sich also auflösen. Auf den Eintritt dieser Tatsache und die Folgen derselben haben die Kommanditisten ein Recht. Ob die verbleibenden Komplementare nunmehr wieder zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammentreten wollen, ist ihr Internum. Die Kommanditisten haben jedenfalls nur eine Kommanditgesellschaft geschlossen und können beanspruchen, daß die Auflösung derselben eintritt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Kommanditgesellschaft fortfallen. Das ist praktisch ein großer Unterschied: nach dem bisherigen Standpunkte haben alle Teile ein Recht auf Liquidation, nach dem Behrendschen haben die ausscheidenden Kommanditisten ein Recht auf Ausschichtung, die verbleibenden Komplementare ein Recht auf Fortsetzung des Geschäftes und unter Umständen der Firma (zust. Förtsch, Anm. 5).[1])

Artikel 171.

Wenn eine Kommanditgesellschaft aufgelöst wird oder wenn ein Kommanditist mit seiner ganzen Einlage oder mit einem Teile derselben ausscheidet, so müssen diese Tatsachen in das Handelsregister eingetragen werden.

Bei der Bekanntmachung unterbleibt die Bezeichnung des Kommanditisten und die Angabe des Betrages der Einlage.

Die Bestimmungen des Art. 129 kommen auch hier zur Anwendung.

[1]) Für das deutsche Recht muß die analoge Anwendung des § 162, Abs. 3 d. HGB. allerdings zu der gegenteiligen Ansicht führen (vergl. RG. 55, S. 31).

Digitized by Google

Einleitung. **Der Artikel ordnet die Eintragung der Auflösung der Kommanditgesellschaft, des Ausscheidens und der Ausschließung eines Kommanditisten an** (Abs. 1), gibt eine Spezialbestimmung für die den Kommanditisten betreffende Publikation (Abs. 2) und verweist im übrigen auf die Parellelbestimmungen für die offene Handelsgesellschaft (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Auflösung der Handelsgesellschaft, das Ausscheiden und die Ausschließung eines Kommanditisten sind einzutragen.**

a) Die rechtliche Bedeutung der hier angeordneten Eintragungen ist die einer öffentlich-rechtlichen Pflicht, nicht die einer vertraglichen Leistung (ROHG. 2, S. 172). Daraus folgt, daß weder der ausgeschlossene Kommanditist die Mitwirkung bei der Anmeldung solange verweigern kann, bis ihm sein Guthaben ausbezahlt ist, noch die Komplementare das Recht haben, das Guthaben solange zu retinieren, bis der Kommanditist jene Tätigkeit ausgeübt hat. Letztere Folgerung ist in dem eben zitierten Urteile des ROHG. ausdrücklich gezogen, die erstere ergibt sich ohneweiters aus ihm und wird mit Unrecht von Förtsch (Anm. 1) geleugnet.

§ 2. b) Den Umfang der Vorschrift anlangend, so bezieht sich dieselbe auch auf die Ausschließung der Kommanditisten, obwohl diese nicht hervorgehoben ist. Das ergibt sich aus der im Abs. 3 erfolgten Zitierung des Art. 129.

Unter dem Ausscheiden mit einem Teile der Einlage ist die Verringerung der Einlage gemeint. Der Ausdruck ist sprachlich nicht korrekt, denn aus der Gesellschaft ausscheiden kann ein Mitglied nur ganz. Die Verringerung der Einlage aber, die hier gemeint ist, ist die auf Vereinbarung der Gesellschaft beruhende Verringerung des Haftungskapitals, wohl zu unterscheiden von derjenigen Verringerung der Einlage, welche Art. 165 im Auge hat. Diese letztere besteht in solchen Rückzahlungen von Beträgen (sei es in Form von Gewinn oder Zinsen), durch welche der Betrag, mit welchem der Kommanditist haften soll, dem Gesellschaftsfonds teilweise entzogen wird, ohne daß die Einlageziffer sich nach außen ändert oder ändern soll. Verringerungen der Einlage der letzteren Art haben die direkte und unbedingte, auch durch Kenntnis des Gläubigers nicht alterierte Haftung auch gegenüber denjenigen Gläubigern zur Folge, deren Forderungen nach der Verringerung entstanden sind. Verringerungen der Einlage der ersteren Art dagegen haben zur Folge, daß, wenn sie eingetragen und publiziert sind, den neuen Gläubigern in Höhe der Verringerung überhaupt nicht mehr gehaftet wird, und wenn nicht eingetragen, ihnen dann nicht gehaftet wird, wenn sie die Verringerung kannten (vergl. unten § 5).

§ 3. 2. (Abs. 2.) Die hier gegebene Spezialvorschrift für Publikationen entspricht der Bestimmung im Art. 151, Abs. 3. Private Bekanntmachungen durch Zeitungen, Zirkulare oder sonst sind natürlich den Sozien unverwehrt.

§ 4. 3. (Abs. 3.) Die Anwendbarkeit des Art. 129.

a) Art. 129, Abs. 1. Aus der Anwendbarkeit dieses Satzes folgt, daß nach dem HGB. die Auflösung durch Konkurs nicht einzutragen ist. Dagegen schreibt § 204 KO. die Anmerkung des über eine Kommanditgesellschaft eröffneten Konkurses im Handelsregister vor, und zwar ist diese Anerkennung von Amts wegen vorzunehmen.

b) Art. 129, Abs. 2. Die Eintragung muß auch dann erfolgen, wenn die Gesellschaft durch Zeitablauf endet. Werden trotzdem die Geschäfte noch fortgesetzt, so haftet der Kommanditist nicht persönlich und solidarisch

Digitized by Google

für die nunmehrigen Schulden, wie Anschütz und Völderndorff (Anm. 1) meinen, sondern es treten die Folgen des Art. 129, Abs. 5, ein, das heißt der Kommanditist haftet nach wie vor gegenüber demjenigen, der die Auflösung nicht kannte, für die Schulden fort, aber nur als Kommanditist (vergl. Behrend, § 90, Anm. 3).

c) Art. 129, Abs. 3. Hieraus ergibt sich, daß auch die Ausschließung einzutragen ist, obwohl diese im Art. 171, Abs. 1, nicht erwähnt ist.

d) Art. 129, Abs. 4. Da „die Beteiligten" zur Eintragung anzuhalten sind, so richtet sich hier ausnahmsweise der Zwang auch gegen die Kommanditisten (vergl. OLG. Wien bei AdlCl. 2094).

e) Art. 129, Abs. 5. Ist die Gesellschaft aufgelöst oder hat ein Gesellschafter seine Einlage vermindert, so wirkt diese Tatsache dem Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des Art. 25, Abs. 2 und 3. Der Kommanditist haftet daher im Falle der nicht erfolgten Registrierung der Verminderung seiner Einlage den gutgläubigen Gläubigern in Höhe der ursprünglichen Einlage, den bösgläubigen gegenüber aber nur in Höhe der verminderten Einlage (vergl. oben § 2).

Artikel 172.

Was bei der offenen Gesellschaft über die Art der Auseinandersetzung (Art. 130, 131 und 132), über die Liquidation und über die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter bestimmt ist, gilt auch bei der Kommanditgesellschaft in Betreff aller Gesellschafter.

Einleitung.

Der Artikel ordnet die Rechtsverhältnisse bei der Auseinandersetzung und der Liquidation und die Frage der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter. Es erfolgt diese Ordnung durch Bezugnahme auf die Bestimmungen für die offene Handelsgesellschaft. Hiedurch sind die Art. 130 bis 149 ohneweiters für anwendbar erklärt.

§ 1.

1. **Anwendbarkeit des Art. 130.** Das hier vorgesehene Ausscheiden ist beim Ausschlusse der sämtlichen Komplementare oder der sämtlichen Kommanditisten nicht möglich (vergl. § 4 zu Art. 170). Eine dennoch im Gesellschaftsvertrage vorkommende entsprechende Vereinbarung ist dahin zu deuten, daß die übrigen Gesellschafter das Geschäft fortsetzen sollen unter Auszahlung des Guthabens des ausscheidenden Sozius (vergl. § 3 zu Art. 127).
2. **Anwendbarkeit des Art. 131** vergl. die Erläuterung zu demselben.
3. **Anwendbarkeit des Art. 132.** Dieselbe erstreckt sich sowohl auf die Komplementare wie auf die Kommanditisten. Doch müssen mindestens ein Komplementar und ein Kommanditist in der Gesellschaft verbleiben, sonst ist die Fortsetzung der Kommanditgesellschaft nicht möglich (vergl. § 4 zu Art. 170).

§ 2.

4. **Anwendbarkeit des Art. 133.** Auch hier bei der Kommanditgesellschaft ist die Liquidation zwar obligatorisch, jedoch nicht in dem Sinne, daß die Gläubiger sie verlangen könnten, wohl aber in dem Sinne, daß jeder Gesellschafter sie verlangen kann, oder vielmehr: auch hier ist sie der infolge der Auflösung von selbst eintretende Zustand, der jedoch von den Gesellschaftern durch Beseitigung des gemeinsamen Vermögens beseitigt werden kann. In dieser Beziehung bemerkt das Urteil des ROHG. (25, S. 277) zutreffend, eine rechtliche Fiktion, daß eine Kommanditgesellschaft, welche sich aufgelöst hat, im Interesse etwa unbefriedigt gebliebener Gläubiger als im Liquidationsstadium fortbestehend und folglich gerichtlich belangbar anzunehmen sei, existiere nicht.

Digitized by Google

Zu den geborenen Liquidatoren gehören auch die Kommanditisten (vergl. Hahn, § 2).

Antragsberechtigt nach Abs. 2 des Art. 133 sind auch die Kommanditisten.

§ 3. 5. **Anwendbarkeit des Art. 134.** Auch hier sind die Kommanditisten stimm- und antragsberechtigt.

6. **Anwendbarkeit des Art. 135.** Die Anmeldung muß auch von den Kommanditisten bewirkt werden (vergl. § 4, Note 1 zu Art. 171).

7. **Anwendbarkeit der Art. 136 bis 145.** Hier ist überall zu betonen, daß zu den Gesellschaftern die Kommanditisten gehören (Blaschke-Pitreich, S. 171; Pollitzer, S. 215). Sie erlangen dadurch allerdings in gewissem Sinne höhere Rechte, als ihnen durante societate zustehen. Doch ist das konsequent, da ja mit der Auflösung der Gesellschaft der Unterschied zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden, vertretungsberechtigten und nichtvertretungsberechtigten Gesellschaftern fortfällt.

Zu bemerken ist nur, daß auch die Beendigung der Liquidation zur Eintragung anzumelden ist, und zwar von allen Gesellschaftern (AdlCl. 1890 und 2094; Behrend, § 9, Anm. 50; unrichtig Kammergericht in Busch, Archiv 39, S. 109). Vergl. § 10 zu Art. 129. Siehe hier auch über die Frage, ob die Firma abzumelden ist und darüber, was zu tun ist, wenn sich nachträglich ein Vermögensstück der Gesellschaft findet bei § 6 zu Art. 146.

Für neue Geschäfte der Liquidatoren dauert die Solidarhaft fort, hinsichtlich der Kommanditisten in dem beschränkten Umfange.

§ 4. 8. **Die Verjährungsvorschriften der Art. 146 bis 149** beziehen sich auch auf die Kommanditgesellschaft. Insbesondere geht hieraus hervor, daß der Kommanditist auch nach der Auflösung während der Dauer der Verjährungszeit für die Schulden der Gesellschaft in Höhe seiner Einlage persönlich haftet (ROHG. 19, S. 350); andrerseits setzt die Verjährung seiner Haftung auf Grund seiner Teilnahme an der Kommanditgesellschaft überhaupt ein Ziel, auch dort, wo er voll haftet (Art. 163, Abs. 3; 167, Abs. 3; 168); da ja auch die Vollhaftung des offenen Gesellschafters mit Ablauf der fünfjährigen Frist beendet ist. Auch die Haftung aus Art. 165 unterliegt der Verjährung (so überall Förtsch, Anm. 7).

Zweiter Abschnitt.

Von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere.[1])

Artikel 173.

Das Kapital der Kommanditisten kann in Aktien oder Aktienanteile zerlegt werden.

Die Aktien oder Aktienanteile müssen auf Namen lauten. Sie müssen auf einen Betrag von mindestens zweihundert Vereinstalern gestellt werden,

---

[1]) In diesem Kommentar soll die Aktiengesellschaft ausführlich erläutert, bei den Bestimmungen über die Aktienkommanditgesellschaft dagegen sollen nur die Besonderheiten derselben erörtert und im übrigen auf das bei der Aktiengesellschaft Ausgeführte verwiesen werden. Daß diese Art allein geeignet ist, den praktischen Bedürfnissen zu entsprechen, darüber kann ein Zweifel nicht aufkommen. Auch das Gesetz hätte so verfahren sollen. Das neue DHGB. hat diesen Weg eingeschlagen und die Rechtsverhältnisse der Aktienkommanditgesellschaft größtenteils durch eine allgemeine Bezugnahme auf die Vorschriften über die Aktiengesellschaft geregelt (vergl. § 320, Abs. 3 d. HGB.).

Digitized by Google

wenn nicht die Landesgesetze nach Maßgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag gestatten.

Aktien oder Aktienanteile, welche auf Inhaber lauten, oder welche auf einen geringeren als den gesetzlich bestimmten Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienanteile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen.

Literatur. Iklé, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien nach schweizerischem und deutschem Recht (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 18. Heft 1907).

I. **Vorbemerkungen.** Während im Deutschen Reiche schon vor Erlassung des neuen Handelsgesetzbuches die Vorschriften über Kommanditgesellschaften auf Aktien zugleich mit denen über Aktiengesellschaften zweimal eine Reform durchgemacht haben (durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 und das Gesetz vom 18. Juli 1884), bildet in Österreich noch der seit der Publikation des Handelsgesetzbuches unveränderte Text desselben die Rechtsquelle für diese Materie; daneben kommen die Bestimmungen des Vereinsgesetzes vom 26. November 1852, RGBl. Nr. 253, mit Ausnahme der §§ 9 und 12 dieses Gesetzes, zur Anwendung (§ 32 EinfG. zum HGB., näheres siehe bei Art. 207). Das Aktienregulativ findet auf Kommandtigesellschaften auf Aktien keine Anwendung (Eingangsbestimmung zum Aktienregulativ, Abs. 4). § 1.

Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Aktienkommanditgesellschaften unterscheiden sich von denen über Aktiengesellschaften durch eine Reihe von Kautelarvorschriften, welche bestimmt waren, das Requisit der staatlichen Genehmigung, das ursprünglich nur für Aktiengesellschaften vorgesehen war, zu ersetzen. In zweiter Lesung des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches ist das Erfordernis der staatlichen Genehmigung auch auf Aktienkommanditgesellschaften ausgedehnt worden, die Kautelarvorschriften wurden aber beibehalten; hiedurch ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien die beschränkteste und zugleich die unbeliebteste Gesellschaftsform geworden (vergl. Canstein I., S. 462; Hahn, Vorbemerkung vor Art. 173).

Infolge des geringen Gebrauches, der in der Praxis von dieser Gesellschaftsform gemacht wurde, ist die Frage, ob dieselbe überhaupt beizubehalten sei, bei jeder geplanten Reform des Aktienrechtes aufgeworfen worden. Die Frage wurde jedoch nicht bloß bei den Vorarbeiten zu den Aktiennovellen vom Jahre 1870 und 1884, sondern auch bei Erlassung des neuen deutschen Handelsgesetzbuches bejaht (Denkschrift, S. 172). Auch in dem anläßlich der in Österreich in Aussicht genommenen Neuregelung des Aktienrechtes vom Justizministerium mit Erlaß vom 27. September 1898, Z. 24.405, versendeten Fragebogen wird unter Nr. 3 die Frage aufgeworfen: „Wird die Aufrechterhaltung des Institutes der Kommanditgesellschaft auf Aktien auch für die Zukunft empfohlen oder erscheint es angemessen, diese Gesellschaftsform gänzlich aufzulassen?" Die Frage wurde meistenteils bejaht (vergl. z. B. Kleinwächter, Zur Frage der Reform des österreichischen Aktienrechtes, S. 39; Pappenheim bei Holdheim, 8. Jahrg. S. 1).

Die vorstehenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches beziehen sich nur auf jene Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens im Betriebe von Handelsgeschäften besteht; nur jene sind Handels-

Digitized by Google

gesellschaften und Kaufleute (Art. 5).[2]) Allerdings nur dann, wenn vom gesellschaftlichen Unternehmen die in § 7, Abs. 1 EinfG. zum HGB. geforderten Steuern zu entrichten sind (vergl. § 10 zu Art. 10). Eine selbständige praktische Bedeutung wird allerdings diesem Erfordernisse bei dieser Gesellschaftsform nicht zukommen.

§ 2. II. **Wegen der Erläuterung des vorliegenden Artikels** ist im allgemeinen auf die Erläuterung zu Art. 207 zu verweisen. An Besonderheiten sind folgende zu verzeichnen:

1. **Das juristische Wesen der Aktienkommanditgesellschaft.** Das Gesetz geht von der Grundanschauung aus, daß die Aktienkommanditgesellschaft eine Unterart der Kommanditgesellschaft ist. Das ergeben deutlich die Überschriften zu dem ersten und zweiten Abschnitt des zweiten Titels: „Von der Kommanditgesellschaft im allgemeinen", und „von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere".[3]) Demgemäß ist auch die herrschende Meinung, daß die Aktienkommanditgesellschaft keine juristische Person ist, sondern eine Unterart der Kommanditgesellschaft und also wie diese eine Sozietät (ROHG. 7, S. 415; 24, S. 166; Kammergericht bei Johow und Küntzel 6, S. 62; Ring, S. 25; Pollitzer, S. 289; Canstein I., S. 439 ff.; Goldschmidt in GZ. 36, S. 314, und im System, 4. Aufl., S. 140; Keyßner, Anm. 2; Hergenhahn, S. 2; Petersen und Pechmann, S. 5; Laband in GZ. 30, S. 469 ff., 31, S. 1 ff.; Dernburg, Preußisches Privatrecht II., § 215; Gierke, Deutsches Privatrecht I., S. 671; obwohl dieser letztere meint, daß sie einer Körperschaft zum Verwechseln ähnlich sieht).

Im Widerspruche zu dieser herrschenden Ansicht erachten wir die Aktienkommanditgesellschaft für eine juristische Person (so auch Ilié, S. 41).

Wenn ein Personenverein sich derart bildet, daß für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten nicht alle Mitglieder des Vereines persönlich haften sollen, während doch der ganze Personenverein haften soll, so ist das nur so möglich, daß die Personenvereinigung als selbständige Trägerin der Verbindlichkeiten, als Rechtssubjekt gedacht wird. Alsdann ist der Fall vorhanden, für welchen die Rechtssysteme das Rechtsgebilde der juristischen Person fingiert haben.

Wenn Goldschmidt (System, 4. Aufl., S. 132) das Wesen der Korporation darin findet, daß der Verein normalerweise auf einen unbestimmt wechselnden Personenkreis angelegt ist, so ist schon im § 2 zu Art. 150 versucht worden, das Unzutreffende dieses Kriteriums darzulegen.

Laband andrerseits formuliert, wie ebenfalls in § 2 zu Art. 150 von uns bemerkt worden, nicht richtig, wenn er sagt: eine juristische Person sei vorhanden, wenn eine Personenvereinigung haften soll und doch keines der Vereinsmitglieder persönlich. Von diesem Standpunkte aus ist ihm die Aktienkommanditgesellschaft keine juristische Person, weil wenigstens eines der Mitglieder, der Komplementar, persönlich haftet. Allein nicht bloß dann, wenn kein einziges Mitglied des Vereines persönlich haftet, sondern schon

---

[2]) Die deutsche Gesetzgebung hat schon seit der Novelle vom Jahre 1870 diesen Grundsatz verlassen und die Aktienkommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, als Handelsgesellschaften und Kaufleute erklärt (vergl. § 210, Abs. 2 d. HGB.).

[3]) Auch durch das Aktiengesetz vom Jahre 1884 sollte hieran nichts geändert werden (vergl. Entw. eines Ges., betreffend die Kommanditgesellschaften und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen [Heymannsche Ausgabe], S. 267 ff.). Bezüglich des DHGB. siehe Staub, 8. Aufl., Anm. 2 zu § 320.

Digitized by Google

dann, wenn nicht alle Mitglieder persönlich haften und doch der ganze Verein haften soll, liegt die Notwendigkeit desjenigen Auskunftsmittels vor, welches das Recht in der juristischen Person darbietet.

Daß aber nicht alle Mitglieder der Gesellschaft persönlich haften, unterliegt bei der Aktienkommanditgesellschaft keinem Zweifel. Die Kommanditisten haften hier den Gläubigern in keiner Weise persönlich (ROHG. 22, S. 344). Auch der Anspruch der Gläubiger aus Art. 197 ändert hieran nichts. Denn der Grund einer solchen Klage ist nicht die Beteiligung an der Gesellschaft, sondern die Rechtswidrigkeit der Zahlungsempfangnahme. Nicht weil er sich als Kommanditist beteiligt hat, haftet er in solchem Falle, sondern weil er sich nicht in den Grenzen seiner Kommanditistenbeteiligung gehalten; nicht auf Grund des Kommanditistenverhältnisses, sondern weil er dieses verletzt hat.

Hienach ist die Aktienkommanditgesellschaft eine juristische Person. Ihre Eigentümlichkeit, ihr Unterschied von der Aktiengesellschaft ist, daß sie zweierlei Arten von Mitgliedern hat. Während die Aktiengesellschaft nur solche Mitglieder hat, welche sich mit einer Einlage beteiligen, ohne irgendwie den Gläubigern persönlich haften zu wollen, hat die Aktienkommanditgesellschaft solche Mitglieder und außerdem noch persönlich haftende Mitglieder. Der Charakterisierung der Gesellschaft als juristischer Person steht dies nicht entgegen. Es ist nicht abzusehen, warum die juristische Person dann keinen Bestand mehr haben könnte, wenn eines der Mitglieder öffentlich erklärt hat, neben der Gesellschaft, der er angehört, persönlich haften zu wollen.

Demzufolge ist der Komplementar der Aktienkommandit- § 2a.
gesellschaft nicht Kaufmann. Mit Recht weist Iklé (S. 63) darauf hin, daß der Komplementär durch die Geschäfte der Gesellschaft zwar verpflichtet, aber nicht berechtigt wird. Die Fähigkeit, Komplementär zu sein, hängt daher nicht von der Fähigkeit ab, Kaufmann zu sein. Für die Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft usw. Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft sein kann, kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft (vergl. daher § 6 zu Art. 150). Daß der Komplementar nicht Gewerbetreibender im Sinne der Gewerbeordnung ist, ergibt sich schon daraus, daß die Gewerbeordnung stets beim Gewerbebetriebe durch eine Handelsgesellschaft letztere als Gewerbetreibenden ansieht (vergl. Exkurs zu Art. 85). Fraglich scheint, ob beim Betriebe eines an einen Befähigungsnachweis gebundenen Gewerbes der Komplementar die erforderliche Befähigung nachweisen muß, oder ob die allgemeine, im § 3 für juristische Personen aufgestellte Regel gilt, daß es nur auf die Person des gewerblichen Stellvertreters ankommt. Letzteres erscheint richtig. § 14 e, Abs. 3, erklärt zwar, daß die Vorschriften, die für den Betrieb eines an einen Befähigungsnachweis gebundenen Gewerbes durch eine offene Handelsgesellschaft gelten, bei Kommanditgesellschaften bezüglich der persönlich haftenden Gesellschafter zur Anwendung gelangen. Jedoch ist nicht anzunehmen, daß die Gewerbeordnung sich die Auffassung des HGB., daß die AKG. als eine Unterart der Kommanditgesellschaft ansieht, zu eigen machen will (a. M. Komorzynski (JBl. 1907, Nr. 47). Auch die KO. führt die AKG. stets neben der Kommanditgesellschaft an (vergl. § 9 zu Art. 200).

Die Aktienkommanditgesellschaft ist daher keine Unterart der Kom- § 3.
manditgesellschaft, aber auch keine Unterart der Aktiengesellschaft. Sie enthält wohl Elemente beider Gesellschaften: von der Kommanditgesellschaft

Digitized by Google

den persönlich haftenden Gesellschafter als gesetzlichen Vertreter und ständigen Geschäftsführer, von der Aktiengesellschaft die organisierte Kommanditistengesamtheit. Aber sie ist eine juristische Person sui generis. Immerhin ist der Umstand, daß der Gesetzgeber sich die Aktienkommanditgesellschaft als Unterart der Kommanditgesellschaft gedacht hat, von großem Einfluß auf ihre rechtliche Gestaltung im einzelnen. Denn es ist richtig, wenn das ROHG. (7, S. 415; 24, S. 166) sagt, daß nach dem Willen des Gesetzes die für die einfache Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften insoweit auch auf die Aktienkommanditgesellschaften Anwendung finden, als sie nicht durch Sondervorschriften abgeändert sind. Aber andrerseits ist nicht aus dem Auge zu lassen, daß die Abänderungen sehr erhebliche sind. Der persönlich haftende Gesellschafter ist hier nicht bloß Gesellschafter, sondern auch Vertreter einer juristischen Person, nach innen steht ihm die organisierte Gesamtheit gegenüber, ohne deren zustimmenden Beschluß eine Reihe der wichtigsten Maßregeln nicht getroffen werden kann.

Die Frage, ob juristische Person oder Sozietät, hat übrigens erheblich an praktischer Bedeutung verloren, da die Frage, ob derjenige, der eine Aktie der Aktienkommanditgesellschaft erwirbt, in demselben Augenblicke die Fähigkeit verliert, in einem Prozesse der Gesellschaft als Zeuge vernommen zu werden, durch § 373 ZPO. außer Zweifel gestellt ist (vergl. § 3 zu Art. 164).[4])

§ 4. 2. **Die Organisation der Kommanditgesellschaft auf Aktien** ergibt sich aus den eben gemachten Ausführungen. Sie wird im einzelnen noch erörtert werden. Doch ist schon jetzt darauf aufmerksam zu machen, daß der persönlich haftende Gesellschafter (nur einer ist notwendig) gesetzlicher Vertreter und Geschäftsführer der Gesellschaft ist, letzteres nicht in der Stellung eines Bevollmächtigten, dessen Vollmacht jederzeit widerruflich ist, sondern in der Bedeutung eines ein Vertragsrecht ausübenden Sozius. Ohne seine Zustimmung kann daher nichts geschehen, was die Schicksale der Gesellschaft betrifft. Die Generalversammlung ist hier nicht das oberste Gesellschaftsorgan, sondern eine Parteiversammlung. Es ist ferner zu erwähnen, daß mindestens fünf Kommanditisten bei der Gründung vorhanden sein müssen, da Art. 175, Z. 6, einen aus fünf Kommanditisten bestehenden Aufsichtsrat voraussetzt (Canstein I., S. 458).

§ 5. 3. **Zu Abs. 1. Das Gesamtkapital der Kommanditisten muß in Aktien oder Aktienanteile[5]) zerlegt werden.** Eine rechtliche Gestaltung mit Komplementaren, einfachen und Aktienkommanditisten ist unzulässig. Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters aber ist zulässig. Ein vom Gesamtkapital verschiedener Begriff ist das Gesellschaftsvermögen. Dasselbe besteht bei der Gründung der Aktienkommanditgesellschaft aus den Einlagen der Kommanditisten und den Einlagen der Komplementare zusammengenommen, später aus der stetem Wechsel ausgesetzten Summe der Aktiva. Im Gegensatze zu dieser Summe ist die Passivziffer des Gesamtkapitals eine unveränderliche fiktive Ziffer (vergl. § 12 zu Art. 207).

§ 5. 4. **Zu Abs. 2. Bei der Aktienkommanditgesellschaft gibt es nur eine Aktienart, die Namensaktie.** Daß in Wirklichkeit gar kein Grund für die Aufstellung

[4]) Noch zwingender sind die Gründe, die dazu führen, in der Kommanditgesellschaft auf Aktien, wie sie im d. HGB. geregelt ist, eine juristische Person zu erblicken.

[5]) Über diesen Begriff vergl. § 13 zu Art. 207.

Digitized by Google

des Verbotes der Inhaberaktien für diese Gesellschaftsform vorliegt, darüber besteht heute vollständige Einigkeit (vergl. statt aller Hahn, 1. Aufl.[6]), § 2 zu Art. 173).[7]) Für die Kommanditaktie ist ein Mindestnennbetrag gesetzlich vorgeschrieben. Das Handelsgesetzbuch setzt diesen Mindestnennbetrag mit 200 Vereinstalern fest. Damit ist nicht gesagt, daß die Aktien gerade auf Vereinstaler lauten müssen, ebensowenig, daß sie auf Landeswährung lauten müssen; lauten die Aktien in Österreich auf Landeswährung, so kommt nicht unmittelbar Art. 173, Abs. 2, sondern § 33 EinfG. zum HGB. zur Anwendung, wo bestimmt ist, daß die Aktien mindestens auf einen Betrag von 300 fl. (600 K) zu lauten haben. Keine ausdrückliche Bestimmung ist im Gesetze darüber enthalten, wie dem Erfordernisse des Mindestnennbetrages von 200 Vereinstalern zu entsprechen ist, wenn die Aktien nicht auf Landeswährung lauten, was ja zweifellos zulässig ist (vergl. § 33 EinfG. zum HGB.). Man wird die Frage dahin entscheiden müssen, daß die Aktien auf einen solchen Betrag der betreffenden fremden Währung lauten müssen, der dem Metallwerte von 200 Vereinstalern entspricht; hiezu führt die analoge Anwendung des § 989 ABGB.; daß bei Einführung der Goldwährung im Deutschen Reiche dem Vereinstaler ein Wert von drei Mark gesetzlich beigelegt wurde, ist für die hier vorzunehmende Berechnung vollkommen gleichgültig.

5. **Zu Abs. 3. Die Folgen der Verletzung des Verbotes der Ausgabe von Aktien unter dem gesetzlichen Mindestnennbetrage und der Ausgabe von Aktien auf den Inhaber sind:** § 7.

   a) Nichtigkeit der trotzdem ausgegebenen Aktien. Welche Wirksamkeit die Nichtigkeit auf die über eine solche Aktie geschlossenen Geschäfte hat, kann im allgemeinen nicht gesagt werden. Das richtet sich nach der Natur des geschlossenen Geschäftes und dem konkreten Parteiwillen. Beim Kaufe und anderen Veräußerungsverträgen treten die Vorschriften über Mängelhaftung ein (§§ 922, 923 ABGB.). Der zeitige Besitzer hat demnach zweierlei Rechte: an dem Vormanne aus dem Rechtsgeschäfte und an dem Ausgeber aus der unzulässigen Ausgabe. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß er beide Rechte nebeneinander ausübt. Vom Vormanne verlangt er Redhibition, vom Ausgeber Schadenersatz. Der ursprüngliche Zeichner aber hat den Anspruch an die Gesellschaft auf Ausgabe einer richtigen Aktie.

   b) Schadenersatzpflicht der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern.

      α) Die Ausgeber sind diejenigen, welchen die Ausgabe von Aktien obliegt. Diese allein sind die Ausgeber, andere Personen können vielleicht bei der Ausgabe mitwirken, aber sie geben die Aktien nicht aus. Ausgabe von Aktien ist die Ausreichung der Aktienurkunden an den ersten Aktionär durch das hiezu legitimierte Gesellschaftsorgan zu dem Zwecke, um dem ersten Aktionär die ihm zustehende urkundliche Legitimation als Aktionär zu verschaffen. Eine Ausgabe von Aktien liegt nicht in der Pfandbestellung, mag das Aktienrecht, welches die Aktienurkunden verbriefen sollen, bereits für eine dritte Person entstanden sein oder nicht. Im letzteren Falle ist der Verpfändungs-

[6]) So oft bei Erläuterung der Art. 173 bis 249 HGB. Hahns Kommentar zitiert ist, ist im Zweifel die 1. Auflage gemeint.

[7]) Übrigens ist die Übertragung der Namensaktie mittels Blankoindossament zweifellos gestattet (Krăwel in Busch Archiv 5, S. 118).

Digitized by Google

akt gegenstandslos, da das Aktienrecht, welches verpfändet werden soll, noch gar nicht existiert, die Urkunde also inhalt- und deshalb wertlos ist. Im ersteren Falle erfolgt die Ausreichung nicht an den ersten Aktionär und soll ihn gar nicht als Aktionär legitimieren. Als Ausgeber sind nicht zu betrachten etwaige Beamte der Gesellschaft (zust. Ring, Anm. 3 zu Art. 215c; anders Petersen und Pechmann, S. 139; Makower, S. 442). Noch weniger sind als Ausgeber diejenigen Aktionäre anzusehen, welche einem derartigen Beschlusse in der Generalversammlung zustimmen (anders Völderndorff, S. 104). — Ob auch die Gesellschaft haftet, richtet sich nach sonstigen Grundsätzen (vergl. die Erläuterung zu Art. 230 und 231).

β) Den Besitzern sind sie verantwortlich, also den zeitigen Besitzern (Hahn, § 3 zu Art. 173; Behrend, § 109, Anm. 14), nicht, wie Völderndorff, S. 503; Pinner, S. 89; Rudorff, S. 165, auch den früheren Besitzern. Solange die Aktien in der Hand eines früheren Erwerbers sind, kann der spätere Erwerber keinen Schadenersatz geltend machen. Er mag seinem Nachmanne den Schaden ersetzen und auf diese Weise in den Besitz der Aktien zurückgelangen. Außerdem aber kann der Ausgeber von mehreren, die nacheinander den Besitz erworben haben, selbständig auf Grund allgemeiner Grundsätze auf Schadenersatz belangt werden (vergl. Makower, S. 442). — Der ursprüngliche Zeichner hat im allgemeinen kein Recht auf Schadenersatz, da er ja den Anspruch auf Lieferung einer gültigen Aktie hat. Doch kann für ihn ein Schaden durch verzögerte Ausgabe der gültigen Aktie eingetreten sein oder durch den Regreß, den sein Nachmann gegen ihn genommen hat (Ring, Anm. 3 zu Art. 215c).

Unter Besitzer ist hier nicht der juristische Besitzer, sondern der Inhaber gemeint, das heißt derjenige, der zur Zeit aus der Urkunde zur Geltendmachung der Rechte legitimiert ist (Gareis, Anm. 5 zu Art. 209).

γ) Der Ersatz des Schadens besteht in der Erstattung alles dessen, was der Besitzer durch Ausgabe der ungültigen Aktien eingebüßt hat, sei es auch an entgangenem Gewinn. Dies folgt aus dem vorliegenden Artikel („allen . . . Schaden"), nicht aus Art. 283, der nicht immer anwendbar, weil nicht notwendig ein Handelsgeschäft vorliegt (dies gegen Willenbücher, S. 215). Hat er die Aktien unter dem gesetzlichen Mindestbetrage erworben, so besteht sein Schaden in dem von ihm ausgelegten Betrage, es sei denn, daß er nachweisen kann, er habe eine Kurssteigerung unbenützt vorübergehen lassen müssen (vergl. ROHG. 22, S. 218; Hahn, § 4 zu Art. 173). Die Verjährung richtet sich nach § 1489 ABGB. (drei Jahre). Ein konkurrierendes Verschen (§ 1304 ABGB.) kann auf den Umfang der Schadenersatzpflicht Einfluß ausüben.

§ 8. 6. **Zu Abs. 4. Das im Abs. 3 aufgestellte Verbot und die dortselbst hiefür ausgesprochene Sanktion bezieht sich auch auf Promessen und Interimsscheine** (über diese Begriffe siehe Erläuterung zu Art. 222). Aus der Nichtigkeit der Promessen und Interimsscheine folgt aber nicht, daß der Aktienzeichner, der diese Urkunden auf den Inhaber erhält, keine Rechte und keine Pflichten gegenüber der Gesellschaft habe. Seine Pflichten sind durch die Zeichnung entstanden, sein Recht auf Ausstellung einer gültigen Promesse und eines

Digitized by Google

gültigen Interimsscheines ist ihm durch die Ausgabe solcher ungültiger Urkunden nicht genommen (vergl. Gareis-Fuchsberger, S. 392, Note 134, gegen Völderndorff, S. 502). Die Übertragung eines Interimsscheines und einer Promesse ist selbstverständlich ein juristisch bedeutungsloser Akt, der Übertragungsvermerk ist nichtig.

7. **Die in diesem Artikel ausgesprochene Nichtigkeit der Aktien, Aktienanteile, Promessen und Interimsscheine** tritt auch ein, wenn in dem staatlich genehmigten Statute dem Art. 173 zuwiderlaufende Bestimmungen enthalten sind; denn die staatliche Genehmigung des Statutes vermindert dessen Charakter als einer Privatlex nicht und kann eine Statutenbestimmung, die mit einem Prohibitivgesetze in Widerspruch steht, nicht rechtsgültig machen (Hahn, § 5 zu Art. 208; vergl. Erläuterung zu Art. 208 unter I). § 9.

Artikel 174.

Kommanditgesellschaften auf Aktien können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden.

Über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.

Abs. 1 stellt das Erfordernis der staatlichen Genehmigung für die Errichtung von Aktienkommanditgesellschaften auf, Abs. 2 enthält eine Formvorschrift für die Errichtung des Statutes und die Aktienzeichnung. Der Artikel geht parallel mit Art. 208; auf diesen ist zu verweisen.

Hier ist nur zusätzlich zu bemerken:

Die prinzipielle Vorschrift der Statutfeststellung hat hier die gleiche rechtliche Bedeutung wie sie unter II. bei Art. 208 auseinandergesetzt ist. Die persönlich haftenden Gesellschafter stellen das Statut fest, das heißt fixieren die Satzungen, nach denen sich die Rechte und Pflichten der Mitglieder der zu gründenden Gesellschaft für den Fall ihrer Errichtung regeln sollen. Der von ihnen errichtete Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; denn die Angabe der Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gehört zu den wesentlichen Erfordernissen des Gesellschaftsvertrages (vergl. Art. 175, Z. 1; Anschütz-Völderndorff II., S. 419). Die Statutfeststellung ist auch hier kein bindender Rechtsakt, sondern der erste Teil eines geplanten Gesellschaftsvertrages. Die Rolle der Gründer übernehmen hier die persönlich haftenden Gesellschafter. Daß die Statutfeststellung, für sich betrachtet, kein rechtlich bindender Akt ist, geht hier schon daraus hervor, daß es ja auch einen einzigen Komplementär geben kann, der doch mit sich allein nicht kontrahieren kann. Anders Ring, Anm. 3, der beim Vorhandensein mehrerer Komplementäre in der Statutfeststellung einen bindenden Akt erblickt. § 1.

Die Gründung der Aktienkommanditgesellschaft kann geradeso wie die der Aktiengesellschaft eine Simultangründung oder eine Sukzessivgründung sein. Erstere kann auch in der Weise vor sich gehen, daß sich mehrere Personen als Komplementäre und Kommanditisten zur Errichtung einer Gesellschaft zusammenfinden, das Statut feststellen, sämtliche Aktien übernehmen und alsdann den persönlich haftenden Gesellschafter bestimmen (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 297).[1] § 2.

[1] Durch § 321 d. HGB. ist ebenfalls die Errichtung einer Aktienkommanditgesellschaft im Wege der Simultangründung für zulässig erklärt, während die Aktiennovelle aus dem Jahre 1884 bei der Aktienkommanditgesellschaft nur eine Sukzessivgründung zuließ.

Digitized by Google

Artikel 175.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung erfolgen soll, muß enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3. den Gegenstand des Unternehmens;
4. die Zeitdauer des Unternehmens, im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
5. die Zahl und den Betrag der Aktien oder Aktienanteile;
6. die Bestimmung, daß ein Aufsichtsrat von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der Kommanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse;
7. die Form, in welcher die Zusammenberufung der Generalversammlung der Kommanditisten geschieht;
8. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Wegen der Erläuterung dieses Artikels ist auf die §§ 1 bis 17 zu Art. 209 zu verweisen. Im einzelnen ist zusätzlich zu bemerken:

§ 1. 1. **Zu Ziffer 1.** Genaue Bezeichnung der persönlich haftenden Gesellschafter und der Einlage. Was die Personen der persönlich haftenden Gesellschafter betrifft oder vielmehr die Fähigkeit, Komplementär zu sein, so vergl. hierüber § 2a zu Art. 173.[1]) Im Gesetze ist nicht ausgesprochen, daß die persönlich haftenden Gesellschafter sich mit Einlagen beteiligen müssen. Ist durch den Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung der persönlich haftenden Gesellschafter zur Leistung von Einlagen begründet, so haftet jeder persönlich haftende Gesellschafter für die von ihm versprochene Einlage, nicht auch solidarisch für die seines Mitgesellschafters. Zur Begründung einer solchen Solidarhaft, die irrtümlich in den Motiven zum Aktiengesetz von 1884, S. 297, angenommen wird, kann insbesondere Art. 280 nicht herangezogen werden, nicht bloß, wie Gareis-Fuchsberger sagen, weil meistens kein Handelsgeschäft vorliegen wird, sondern auch in den Fällen, wo ausnahmsweise ein solches vorläge. Denn es würde dann nicht, wie Art. 280 erfordert, das gemeinschaftliche Eingehen einer gemeinsamen Verpflichtung vorliegen, sondern jeder persönlich haftende Gesellschafter würde sich zu seiner Einlage verpflichten. Nur wo deutlich ein gemeinschaftliches Eingehen einer Verpflichtung vorläge, würde eine Solidarhaft Platz greifen. Für solche Fälle aber bestände keine Kontroverse, wenigstens nicht nach Handelsrecht und nach ABGB. (§ 891).

§ 2. 2. **Zu Ziffer 2.** Über den Sitz der Aktienkommanditgesellschaft vergl. Erläuterung zu Art. 209, Z. 1. Die Firma anlangend, so ist für dieselbe Art. 17, Abs. 2, maßgebend. Obgleich die Aktienkommanditgesellschaft in Wahrheit keine Unterart der Kommanditgesellschaft, sondern eine Korporation,

[1]) Der Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft wird hienach von uns nicht als Kaufmann angesehen, noch weniger der Kommanditist einer Aktienkommanditgesellschaft.

Digitized by Google

und zwar eine solche eigener Art ist, so hat sich doch das Gesetz die Aktienkommanditgesellschaft als Unterart der Kommanditgesellschaft gedacht und deshalb findet Art. 17, Abs. 2, von der Firma hier Anwendung (vergl. § 3 zu Art. 173). Hienach muß die Aktienkommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten (unrichtig wäre nach dem HGB. die Firma: „Direktion der Diskontogesellschaft". Das gleiche gilt von der „Wiener Handelsgesellschaft"). Entspricht die Firma diesem Erfordernisse schon in den Händen des Vorbesitzers des Geschäftes, so kann sie unverändert übernommen werden. So z. B. wenn die bisherige Firma des Geschäftes Schulze & Co. lautet und Schulze persönlich haftender Gesellschafter der gegründeten und das Geschäft übernehmenden Aktienkommanditgesellschaft wird. Tritt Schulze nach der Gründung aus, so kann die Firma unverändert bleiben (Art. 24). Als Aktiengesellschaft darf sich die Aktienkommanditgesellschaft nicht bezeichnen (Art. 17, Abs. 3), wohl aber als Kommanditgesellschaft auf Aktien. Nennt sie sich so und will sie ihre Firma mit dem Geschäfte veräußern, so darf der Nachfolger diese Bezeichnung trotz Art. 22 nicht fortführen, wenigstens nicht ohne einen Nachfolgerzusatz, weil die Firma nicht dem Zwecke direkter Täuschung dienen darf (vergl. § 8 zu Art. 22). Zusätze sind in größter Freiheit gestattet (vergl. § 4 zu Art. 16).

3. Zu Ziffer 6. Siehe Erläuterung zu Art. 191. § 3.

Artikel 176.

Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde müssen bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden.

Der Auszug muß enthalten:

1. das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;
2. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;
3. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
4. die Zahl und den Betrag der Aktien und Aktienanteile;
5. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Wegen dieses Artikels siehe Erläuterung zu Art. 210.

Artikel 177.

Der Anmeldung behufs der Eintragung in das Handelsregister muß beigefügt sein:

1. die Bescheinigung, daß der gesamte Betrag des Kapitals der Kommanditisten durch Unterschriften gedeckt ist;
2. die Bescheinigung, daß mindestens ein Vierteil des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages von ihm eingezahlt ist;

Digitized by Google

3. der Nachweis, daß der Aufsichtsrat nach Inhalt des Vertrages (Art. 175, Ziffer 6) in einer Generalversammlung der Kommanditisten gewählt ist.

Die Anmeldung muß von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern vor dem Handelsgerichte unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden. Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Handelsgerichte in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

Einleitung. In diesem Artikel sind die Voraussetzungen der Eintragung der Aktienkommanditgesellschaft ins Handelsregister festgestellt. Der Schlußsatz dieses Artikels enthält eine Bestimmung, was mit den mit dem Eintragungsgesuche eingereichten Schriften zu geschehen hat.

§ 1. **Zu Ziffer 1. Bloß die Bescheinigung, nicht strikter Beweis der erfolgten Zeichnung des gesamten Aktienkapitals wird verlangt** (Hahn, § 2 zu Art. 177; Blaschke-Pitreich, S. 174). In der Regel wird die erforderliche Bescheinigung durch Vorlage der Zeichnungsscheine oder beglaubigter Abschriften derselben erbracht werden können.

§ 2. **Zu Ziffer 2.**

a) **Richterliches Ermessen muß entscheiden, was hier als eine genügende Bescheinigung anzusehen ist** (vergl. Hahn a. a. O.). In der Regel wird eine Bestätigung der Komplementäre über die erfolgte Einzahlung oder, falls die Einzahlung bei einer Zahlstelle geschehen ist, die Bestätigung der letzteren genügen (vergl. § 13, Abs. 4 A. Reg.). Auch die Handelsbücher des Zahlungsempfängers sind grundsätzlich als ein Bescheinigungsmittel anzusehen (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 681). Das Verlangen, die Bescheinigung der Teilzahlungen dadurch zu erbringen, daß die entsprechenden Gelder vorgewiesen werden, wäre entschieden nicht zweckentsprechend, da es ohneweiters möglich ist, sich die betreffenden Gelder auszuleihen und nach erfolgter Vorweisung wieder zurückzustellen (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 174; JME. vom 24. Apr. 1870, Z. 948; Erläuterung zu Art. 210). Keinesfalls kann der Zeichner, bevor die Aktienkommanditgesellschaft als solche ins Leben getreten ist, zur Leistung eines Teiles des gezeichneten Betrages belangt werden, da er es nur unternommen hat, sich mit einem bestimmten Betrage bei der Aktienkommanditgesellschaft zu beteiligen, diese aber noch nicht besteht (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 679).

§ 3. b) **Worauf bezieht sich die in Ziffer 2 geforderte Bescheinigung?**

α) Ein Viertel des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages muß gezahlt sein. Die 25 Prozent sind vom Nominalbetrage der gezeichneten Aktien zu berechnen; der Übernahmskurs ist nicht maßgebend, auch wenn er in der Zeichnungserklärung angegeben ist, was nach dem HGB. gar nicht notwendig ist (vergl. aber § 6, Abs. 2 A. Reg.).

β) Die Zahlung von 25 Prozent muß bescheinigt werden. Daraus ergibt sich, daß diese Bestimmung keine Anwendung auf Sacheinlagen (vergl. über letztere zu Art. 180) findet (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 678). Unter „Einzahlen" kann wohl nichts anderes verstanden werden als bar einzahlen. Es genügt daher keine datio in solutum. Allerdings wird man nicht allzu formalistisch vorgehen dürfen und die erfolgte Leistung mancher Kreditpapiere auch als Zahlung gelten lassen (vergl. jetzt § 195, Abs. 3 d. HGB.); damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Zeichner einen Anspruch hat, seine Verbindlichkeit in dieser Weise zu tilgen.

Digitized by Google

γ) 25 Prozent des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages müssen eingezahlt sein. Ein Hinüberziehen des von einem Kommanditisten gezeichneten Betrages auf die Einlagepflicht des anderen, selbst wenn die Gesamtsumme der geleisteten Einzahlungen ein Viertel des gesamten gezeichneten Aktienkapitals betragen sollte, ist daher unzulässig[1]) (vergl. RG. in Strafsachen 26, S. 66); nur dies wollen die Worte des Gesetzes „von jedem" sagen, nicht aber ausdrücken, daß der Zeichner selbst einzahlen muß; es kann auch ein anderer für ihn eingezahlt haben (Behrend, § 102, Anm. 5).

δ) Nur die teilweise Berichtigung der Einlagen der Kommanditisten muß bescheinigt sein. Ob die Komplementäre ihrer etwa bestehenden Einlagepflicht (vergl. § 1 zu Art. 175) entsprochen haben, hat der Registerrichter nicht zu prüfen.

§ 4. **Zu Ziffer 3. Die erfolgte Wahl des Aufsichtsrates ist nachzuweisen, nicht bloß zu bescheinigen** (Hahn, Blaschke-Pitreich a. a. O.). Der Nachweis geschieht am einfachsten durch Vorlage eines Protokolles über die betreffende Generalversammlung, dessen Richtigkeit durch einen Notar oder durch Zeugen bestätigt wird. Nachzuweisen ist jedoch nicht bloß die erfolgte Wahl, sondern auch deren Annahme seitens der Gewählten (ROHG. 14, S. 100; Anschütz-Völderndorff II., S. 433). Näheres über die Wahl des Aufsichtsrates siehe bei Erläuterung zu Art. 191.

§ 5. **Die Frage, ob auf Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister geklagt werden kann**, ist nach denselben Grundsätzen zu entscheiden, wie hinsichtlich der Aktiengesellschaft. Vergl. daher § 5 zu Art. 210; hier ist nur zusätzlich zu bemerken:

a) Im Falle der Simultangründung kann gegen den oder gegen die Komplementäre auf Anmeldung geklagt werden (vergl. § 5 zu Art. 210).

b) Im Falle der Sukzessivgründung kommt es darauf an, ob die Akzeptation der Offerte des Zeichners bereits in dem Ansuchen um Erteilung der staatlichen Genehmigung oder erst in der Anmeldung zum Handelsregister erblickt wird. Daß die Annahme der Offerte bereits in dem erstgenannten Akte besteht, ist ebenso möglich wie bei der Aktiengesellschaft; denn die Vorlage einer Liste der Aktienzeichner an die Verwaltungsbehörde zugleich mit dem Gesuche um Erteilung der staatlichen Genehmigung kann auch bei Errichtung von Kommanditgesellschaften auf Aktien vorkommen, wenn auch hier eine dem § 6, Abs. 1 A. Reg., entsprechende Vorschrift nicht besteht.

Artikel 178.

Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Kommanditgesellschaft als solche nicht. Die ausgegebenen Aktien oder Aktienanteile sind nichtig. Die Ausgeber sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

[1]) Ein Viertel des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages muß eingezahlt sein, nicht vorgeschrieben ist, daß die Einzahlung auf jede gezeichnete Aktie, wenn ein Kommanditist deren mehrere gezeichnet hat, bescheinigt ist (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 677).

Digitized by Google

Der 1. Satz des Abs. 1 und 2 entspricht dem Art. 211; auf die Erläuterungen zu letzterem ist daher zu verweisen. Hier ist nur der 2. und 3. Satz des Abs. 1 zu erläutern.

§ 1. **Aktien oder Aktienanteile, ausgegeben vor staatlicher Genehmigung oder Eintragung der Gesellschaft, sind nichtig.** Wer sie vorzeitig erhält, ist nicht Kommanditist, kann daher auch keine Mitgliedschaftsrechte übertragen. Von anderer Anschauung gehen das RG. (10, S. 72), und Canstein (I., S. 482)[1] aus, indem sie die Aktien durch Eintragung der Gesellschaft konvaleszieren lassen. Doch kann diesen Ausführungen nicht beigepflichtet werden. Es mag ja immerhin umständlich sein, Aktienurkunden einzuziehen und gleichlautende Ersatzstücke auszugeben. Allein dieses Verfahren ist um so mehr geboten, als es nur dadurch möglich ist, die nichtigen Aktienurkunden aus dem Verkehre zu ziehen; denn die vor der Eintragung oder staatlichen Genehmigung ausgegebenen Aktienurkunden machen, wie gesagt, den Erwerber nicht zum Aktionär, da sie von vornherein Bescheinigungen über ein bloß vermeintliches Recht waren; übereinstimmend Behrend (§§ 109, 130). Zutreffend bemerkt dieser, daß, wenn die Aktien sich noch in der Hand des ersten Zeichners oder eines sich legitimierenden Rechtsnachfolgers befinden, es genügen wird, wenn die Gesellschaft die in solchen Händen befindlichen Urkunden als von ihr ausgegeben anerkennt; das ist immerhin noch etwas anderes als eine von selbst eintretende Konvaleszenz. Über die Ausgabe von Promessen und Interimsscheinen ist hier im Gegensatze zu Art. 173, Abs. 4, nichts gesagt; auf die Ausgabe solcher Urkunden vor staatlicher Genehmigung oder Eintragung der Gesellschaft bezieht sich daher die hier angedrohte Nichtigkeit nicht (Anschütz-Völderndorff II., S. 434; anscheinend dagegen Keyßner, Die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 163).[2]

§ 2. **Über Ausgeber, Besitzer und Schadenersatz** vergl. § 7 zu Art. 173. Der Schadenersatzanspruch fällt in der Regel weg, wenn der Besitzer beim Erwerbe der Aktien Kenntnis hatte, daß der Gesellschaftsvertrag noch nicht staatlich genehmigt oder noch nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist. Der Beweis dieser Kenntnis liegt dem Ausgeber ob. Auch das Kennenmüssen wird als konkurrierendes Verschulden regelmäßig von Erheblichkeit sein (§ 1304 ABGB.).

Artikel 179.

Die Vorschriften der Art. 152 und 153 sind auch bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien zu befolgen; die Anmeldung muß die im Art. 176 Z. 1—5 bezeichneten Angaben enthalten. Das Handelsgericht hat die persönlich haftenden Gesellschafter zur Befolgung dieser Vorschriften von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Siehe Erläuterung zu Art. 212. Die dort dem Vorstande auferlegte Verpflichtung trifft hier die persönlich haftenden Gesellschafter.

Artikel 180.

Wenn ein Gesellschafter eine Einlage macht, welche nicht in barem Gelde besteht, oder wenn er sich zu seinen Gunsten besondere Vorteile aus-

[1] Ladenburg (GZ. 15, S. 42 bis 52) leugnet trotz des Wortlautes des Gesetzes die Nichtigkeit der vorzeitig ausgegebenen Aktien und kann dem Satze „die Aktien sind nichtig" überhaupt keinen Sinn abgewinnen.

[2] § 209, Abs. 2 d. HGB. spricht die Nichtigkeit der vor Eintragung der Gesellschaft ausgegebenen Interimsscheine aus.

Digitized by Google

bedingt, so muß in einer Generalversammlung der Kommanditisten die Abschätzung und Prüfung der Zulässigkeit angeordnet und in einer späteren Generalversammlung die Genehmigung durch Beschluß erfolgt sein.

Der Beschluß wird nach der Mehrheit der in der Versammlung anwesenden oder durch Vollmacht vertretenen Kommanditisten gefaßt; jedoch muß diese Mehrheit mindestens ein Vierteil der sämtlichen Kommanditisten begreifen und der Betrag ihrer Anteile zusammen mindestens ein Vierteil des Gesamtkapitals der Kommanditisten darstellen. Der Gesellschafter, welcher die Einlage macht oder sich besondere Vorteile ausbedingt, hat bei der Beschlußfassung kein Stimmrecht.

Ein gegen den Inhalt dieser Bestimmung geschlossener Vertrag hat keine rechtliche Wirkung.

Einleitung.

Der vorliegende Artikel enthält Vorschriften für den Fall, daß von den Gesellschaftern nicht in barem Gelde bestehende Einlagen gemacht oder zu deren Gunsten besondere Vorteile ausbedungen werden, und zwar in der Weise, daß für die Gültigkeit derartiger Vereinbarungen zwei Generalversammlungsbeschlüsse verlangt werden (Abs. 1), die Modalitäten der Abstimmung in diesen Generalversammlungen festgesetzt werden (Abs. 2) und eine Sanktion für die Nichtbeachtung der ausgesprochenen Vorschriften aufgestellt wird (Abs. 3).

§ 1.

Der Artikel bezieht sich auf Sacheinlagen und Ausbedingung besonderer Vorteile zu Gunsten einzelner Gesellschafter. Der Begriff der Sacheinlage (Apport) ist im Zusatze zu Art. 208 bis 210 erläutert; auf die Erläuterung dortselbst ist auch hinsichtlich des Begriffes des besonderen Vorteiles, sofern er einem Kommanditisten gewährt wird, zu verweisen. Einer besonderen Beantwortung bedarf hier die Frage, was bei den persönlich haftenden Gesellschaftern als ein besonderer Vorteil zu gelten hat.

Während in Art. 197, Abs. 2, für die Kommanditaktionäre gesagt ist, daß sie nach Maßgabe ihres Aktienbesitzes Anspruch auf den zu verteilenden Gewinn haben, enthalten die für die Aktienkommanditgesellschaft gegebenen Vorschriften nichts darüber, welchen Anteil der persönlich haftende Gesellschafter an den Früchten der Gesellschaft hat. Nach dem Systeme des Gesetzes gilt hierüber dasselbe, was für den persönlich haftenden Gesellschafter der einfachen Kommanditgesellschaft bestimmt ist. Er hat demnach von seinen besonderen Einlagen, das heißt von denjenigen, die er nicht auf das Kommanditistenkapital macht, vier Prozent Zinsen zu fordern (Art. 150, Abs. 2, Art. 106); an Gewinn und Verlust nimmt er nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages und in Ermanglung eines solchen nach richterlichem Ermessen teil (Art. 162). Hienach hat der persönlich haftende Gesellschafter für seine persönliche Haftung und für seine Mühewaltung — beides sind Gesellschaftsleistungen, zu denen er als Sozius verpflichtet ist — wenn nichts besonderes vereinbart ist, denjenigen Anteil am Geschäftsgewinne zu beanspruchen, der nach Maßgabe seiner Leistungen als angemessen gilt. Zusicherungen, die darüber hinaus gemacht werden oder den Anteil fixieren, sind *besondere Vorteile*. Diese von Ring (Anm. 2) vertretene Ansicht ist durchaus zutreffend und geht nicht zu weit, wie Esser (Anm. 1) meint. Es gilt daher als Ausbedingung eines besonderen Vorteiles zu Gunsten des persönlich haftenden Gesellschafters, wenn derselbe außerdem noch, wie dies häufig geschieht, durch Engagementsvertrag, etwa abgeschlossen vom Aufsichtsrat, gegen ein bestimmtes Gehalt auf bestimmte Zeit zum Direktor bestellt wird.

Digitized by Google

Für die Anwendbarkeit der hier in Rede stehenden Vorschrift ist es gleichgültig, ob die Sacheinlage vom Kommanditisten oder vom persönlich haftenden Gesellschafter gemacht werden soll, ob der besondere Vorteil zu Gunsten des ersteren oder des letzteren ausbedungen wird (Renaud, Kommanditgesellschaften, S. 724; Hahn, § 4 zu Art. 180; Blaschke-Pitreich, S. 176). Dagegen bezieht sich dieser Artikel nicht auf den Fall, daß von der zu errichtenden Gesellschaft — anders als im Wege der Einlage — Anlagen oder sonstige Vermögensstücke übernommen werden sollen, die sogenannten Gründungserwerbungen (Renaud a. a. O., S. 723). Vereinbarungen über Sacheinlagen und besondere Vorteile fallen unter diesen Artikel, gleichgültig ob sie im Zuge der Gründung oder nach Errichtung der Gesellschaft getroffen werden (Anschütz-Völderndorf II., S. 436; Keyßner, Die Aktiengesellschaften, S. 207).

§ 2. **Die Rechtsbeständigkeit der Vereinbarung, auf welche sich der vorliegende Artikel bezieht, ist von der Gutheißung derselben durch zwei Generalversammlungen abhängig.** Das Gesetz spricht von einer Generalversammlung der Kommanditisten; da aber in dem Falle, als die in Rede stehenden Verabredungen im Zuge der Gründung getroffen werden, die Aktienkommanditgesellschaft noch nicht besteht, kann es sich in diesem Falle nicht um Generalversammlungen der Kommanditisten, sondern nur um solche der Aktienzeichner handeln. Teilnahmeberechtigt sind alle Aktienzeichner, deren Anbote nicht von den Gründern bereits zurückgewiesen worden sind, auch wenn gleichzeitig deren Beteiligung als Komplementäre an der künftigen Gesellschaft in Aussicht genommen ist. Dagegen ist zur Teilnahme an diesen Generalversammlungen der künftige Komplementär (als solcher), der nicht noch außerdem Aktien gezeichnet hat, nicht berufen, auch dann nicht, wenn er selbst eine Sacheinlage leisten oder ihm ein besonderer Vorteil geleistet werden soll (Renaud a. a. O., S. 727). Das Gesetz schreibt die Abhaltung von zwei Generalversammlungen vor, ohne allerdings eine Frist zu bestimmen, die zwischen den beiden verstreichen muß, und setzt den Wirkungskreis jeder der beiden Generalversammlungen fest. Die erste Generalversammlung hat sich lediglich mit der Abschätzung und Prüfung der Zulässigkeit der einzubringenden Sacheinlage oder des zu gewährenden Vorteiles zu befassen; sie kann nicht sofort mittels Beschlusses die Genehmigung aussprechen oder dieselbe versagen, beides ist der zweiten Generalversammlung vorbehalten. In der ersten Generalversammlung sind alle teilnahmeberechtigten Aktienzeichner oder Kommanditisten stimmberechtigt, auch diejenigen, die eine Sacheinlage einbringen oder einen besonderen Vorteil erhalten sollen, da das Gesetz hier niemanden vom Stimmrechte ausschließt; dagegen ist in der zweiten Generalversammlung, die endgültig über Genehmigung zu entscheiden hat, demjenigen, um dessen Einlage oder Vorteil es sich handelt, durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung das Stimmrecht entzogen (Renaud a. a. O., S. 727).

Die Abstimmungsmodalitäten sind abweichend von Art. 190 dahin geregelt, daß die Majorität nach der **Kopfzahl**, nicht nach den Aktienbeträgen berechnet wird und eine **qualifizierte** sein muß, und zwar in doppelter Richtung: die Majorität muß ein Viertel sämtlicher Kommanditisten oder sämtlicher Aktienzeichner, die zur Generalversammlung zu laden waren (vergl. oben § 2), betragen. Auch derjenige, über dessen Einlage oder Vorteil Beschluß zu fassen ist, wird in die Zahl, von der das Viertel zu berechnen ist, eingerechnet (Renaud a. a. O., S. 730). Die Mehrheit ist ferner in der Richtung qualifiziert, daß die Aktienbeträge oder gezeichneten Beträge derjenigen, die für die Genehmigung stimmen, mindestens ein Viertel des gesamten gezeichneten Aktienkapitales betragen muß; bloß gezeichnete Aktienbeträge werden auch hier nur dann berücksichtigt, wenn

Digitized by Google

das Anbot des betreffenden Zeichners nicht bereits zurückgewiesen wurde, diese aber auch dann, wenn die betreffenden Zeichnungen von Personen herrühren, welche eine Sacheinlage machen oder einen besonderen Vorteil erhalten sollen (Renaud a. a. O., S. 731). Hinsichtlich der erstgenannten Zeichnungen macht es allerdings Schwierigkeiten, zu bestimmen, mit welchem Betrage die in Aussicht genommene Sacheinlage, wenn sie zur Zeit in einer Generalversammlung noch nicht geschätzt worden ist, bei Berechnung des gesamten Aktienkapitales zu berücksichtigen ist. Mangels einer besonderen Bestimmung des Gesetzes wird nichts übrig bleiben, als jenen Betrag zu Grunde zu legen, mit welchem im Gründungsplane oder nach der der Genehmigung bedürfenden Vereinbarung die betreffende Sacheinlage bewertet wurde.

Aus der Bestimmung, daß die Anteile derjenigen Kommanditisten oder Aktienzeichner, die für die Genehmigung einer Sacheinlage stimmen, mindestens ein Viertel des gesamten gezeichneten Aktienkapitales betragen müssen, folgert Renaud (a. a. O., S. 732) mit Recht, daß kein Aktienzeichner eine Sacheinlage machen kann, deren Wert drei Viertel des gesamten Aktienkapitales übersteigt.

§ 4. **Nicht vorgeschrieben ist für die Gültigkeit der in Rede stehenden Vereinbarungen deren Aufnahme in das Statut**, daher bedürfen sie auch nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Auch die Schriftform ist für die Vereinbarung besonderer Vorteile jedenfalls nicht notwendig (Art. 317). Was die Vereinbarung auf Leistung einer Sacheinlage betrifft, so bedarf dieselbe als solche ebenfalls nicht der Schriftform; eine andere Frage ist, ob sich die Vorschriften über Aktienzeichnung überhaupt auch auf Sacheinlagen beziehen (vergl. hierüber Erläuterung zu Art. 208 unter III.).

§ 5. **Ein Vertrag auf Einbringung einer Sacheinlage oder Gewährung eines besonderen Vorteiles, welcher nicht in der in Abs. 1 und 2 vorgeschriebenen Weise genehmigt wird, ist nichtig.** Der Zeichner ist einerseits an seine Zeichnung nicht gebunden und hat andrerseits gegen die Gesellschaft kein Recht auf Gewährung von Aktienrechten. Ist jedoch der Vertrag unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte geschlossen, daß der Generalversammlung ihr gesetzmäßiges Prüfungsrecht gewahrt bleibt, so ist der Vertrag mit dem betreffenden Gesellschafter (ob auch der ganze Gesellschaftsvertrag, darüber vergl. unten § 6) unter einer **Suspensivbedingung** geschlossen. Die Bedingung ist erfüllt, wenn die Generalversammlung den versprochenen Vorteil oder die Sacheinlage unter Zugrundelegung der vereinbarungsmäßigen Schätzung genehmigt. Die Bedingung ist vereitelt, wenn die Generalversammlung den besonderen Vorteil oder die Sacheinlage überhaupt verwirft oder letztere nur zu einem geringeren Schätzungswerte, als er in der betreffenden Vereinbarung festgesetzt wurde, genehmigen will. In letzterem Falle ist der Aktienzeichner an seine Zeichnung nur gebunden, wenn er durch besondere Abmachung sich verpflichtet hat, im Falle der Verweigerung der Genehmigung eine Bareinlage zu machen oder sich die Sacheinlage auch zu dem von der Generalversammlung festgesetzten Schätzungspreise anrechnen zu lassen (Renaud a. a. O., S. 731).

§ 6. **Welche Folgen die Nichtigkeit des Vertrages, der mit dem einzelnen Aktienzeichner unter Verletzung der Vorschriften des Art. 180 geschlossen wurde, oder die Unwirksamkeit dieses Vertrages infolge nicht erteilter Genehmigung der Generalversammlung auf den Fortbestand des gesamten Gesellschaftsvertrages ausübt**, ist im Gesetze nicht ausgesprochen. Der preußische Entwurf (Art. 159) setzt für diesen Fall die Unwirksamkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages fest; das gleiche muß aber auch nach dem HGB. angenommen werden. Denn nach

Digitized by Google

demselben (Art. 177) ist der Gesellschaftsvertrag nur wirksam, wenn der gesamte Betrag des Aktienkapitales durch Unterschriften gedeckt ist; darunter können aber nur gegen den Zeichner rechtsverbindliche Erklärungen gemeint sein. Daher ist dem Erfordernisse des Art. 177 nicht entsprochen, wenn eine Zeichnung, weil sie gegen die Bestimmung des Art. 180 erfolgt ist, oder weil die Bedingung, unter der die in der Zeichnungserklärung liegende Verpflichtung übernommen wurde, nicht erfüllt ist, für den Zeichner unverbindlich ist. In dem Falle, daß Sacheinlagen oder besondere Vorteile zu Gunsten einzelner Gesellschafter vereinbart werden, ist daher der ganze Gesellschaftsvertrag entweder von vornherein nichtig oder unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen (Hahn, § 7 zu Art. 180; Renaud, S. 726; dagegen Krämel in Busch, Archiv 5, S. 115).

Artikel 181.

Für die gesellschaftlichen Kapitalanteile, welche auf die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter fallen oder welche denselben als besondere Vorteile ausbedungen sind, dürfen keine Aktien ausgegeben werden; diese Kapitalanteile dürfen von den persönlich haftenden Gesellschaftern, solange die letzteren in diesem ihrem Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft stehen, nicht veräußert werden.

Einleitung. Die Vorschriften dieses Artikels haben den Zweck, die Einlagen der Komplementäre zu erhalten. Es soll verhindert werden, daß die Komplementäre erst das Vertrauen der Kommanditisten und des Publikums dadurch erwecken, daß sie sich mit hohen Vermögenseinlagen beim gesellschaftlichen Unternehmen beteiligen und dann durch Veräußerung ihrer gesellschaftlichen Anteile ihr persönliches Interesse an der Gesellschaft in Wegfall bringen. Diesem Zwecke dient die Bestimmung des 2. Satzes dieses Artikels, und im wesentlichen als ein Sicherungsmittel für die Erreichung dieses Zweckes stellt sich die Bestimmung des 1. Satzes dar (Renaud a. a. O., S. 642). Die in Bezug auf die Einlagen der Komplementäre aufgestellten Vorschriften dieses Artikels sind:

1. Verbot der Ausgabe von Aktien auf Kapitalanteile der Komplementäre (1. Satz);

2. das Veräußerungsverbot (2. Satz).

§ 1. 1. **Das Verbot der Ausgabe von Aktien.**

a) Das Verbot bezieht sich auf die Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter. Unter „Kapitalanteil" versteht das Gesetz im 1. Satze dasjenige, was es sonst unter Anteil am Gesellschaftsvermögen versteht (vergl. Art. 106 und 216). Mit Kapitalanteil ist daher der Aktivsaldo des Gesellschafters gemeint, der, wie im § 5 zu Art. 106 ausgeführt ist, kein Recht im juristischen Sinne, sondern bloß eine Rechnungsziffer darstellt. Das Gesetz stellt den Kapitalanteilen, welche auf die Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter fallen, jene gleich, die für die persönlich haftenden Gesellschafter als besondere Vorteile ausbedungen sind. Darunter ist folgendes gemeint: Wird einem persönlich haftenden Gesellschafter für die Hingabe irgend eines Vermögensobjektes zu Gesellschaftszwecken ein Aktivsaldo eröffnet, so fällt dies unter den Begriff der Einlage (vergl. § 1 zu Art. 91); die Aktien, die ein Komplementär durch Zeichnung oder Übertragung seitens eines Kommanditisten erwirbt, fallen überhaupt nicht unter das Verbot des Art. 181

Digitized by Google

(vergl. unten § 6); fixe Zusicherungen für der Gesellschaft geleistete Dienste (vergl. § 1 zu Art. 180) können wiederum nicht als Kapitalanteile angesehen werden. Gemeint kann also nur der Fall sein, daß ein Komplementär der Gesellschaft irgend eine Sach- oder Dienstleistung macht, dieselbe ihm nicht als Einlage gebucht wird, sondern ihm als Gegenleistung hiefür eine bestimmte Anzahl Aktien zugesichert wird (vergl. Renaud, S. 641). Die durch diese Aktien verbrieften Rechte sind Kapitalanteile im Sinne des Gesetzes, sie sind nicht durch Einbringung einer Einlage erworben, sondern als besonderer Vorteil gewährt.

b) Der Inhalt des Verbotes besteht darin, daß auf die im vorigen Paragraphen bezeichneten Kapitalanteile der persönlich haftenden Gesellschafter keine Aktien ausgegeben werden dürfen. Nur die Ausgabe von Aktien ist untersagt, nicht auch die Ausstellung von Aktienurkunden (Renaud a. a. O., S. 642; Hahn, § 2 zu Art. 181). Die Berechnung des ganzen gesellschaftlichen Vermögens nach Aktienbeträgen ist sogar vielfach üblich. Nur sind die den Komplementären gehörenden Aktien in Wahrheit keine solchen, denn sie gewähren den Komplementären nicht die Rechte des Kommanditisten, und für die Ausübung der den persönlich haftenden Gesellschaftern als solchen zustehenden Rechte ist die Anzahl der ihnen zugeschriebenen Aktien ohne Bedeutung (Renaud a. a. O., S. 639). Oft ist nicht das ganze gesellschaftliche Kapital in Aktien zerlegt, sondern es bestehen neben den eigentlichen Kommanditaktien nur solche Aktien, welche den Komplementären für gewisse Leistungen als besondere Vorteile zugesichert wurden (vergl. oben § 1). Diese dürfen nach dem Gesagten zwar ausgestellt, aber den Komplementären nicht ausgeantwortet werden. § 2.

2. **Das Veräußerungsverbot.** § 3.

a) Das Veräußerungsverbot bezieht sich nach dem Wortlaute des Gesetzes auf die im Abs. 1 genannten Kapitalanteile. Trotz des Wortlautes des Gesetzes ist aber hier unter Kapitalanteil etwas anderes zu verstehen als im 1. Satze, nämlich dasjenige, was Art. 98, der von der Abtretung des Anteiles spricht, unter „Anteil" versteht, nämlich die Ansprüche auf Zinsen, Gewinn und das nach Auflösung der Gesellschaft sich ergebende Auseinandersetzungsguthaben (vergl. § 6 zu Art. 98). Daß hier unter Kapitalanteil nur derjenige Begriff gemeint sein kann, wie er dem Art. 98 zu Grunde liegt, ergibt sich daraus, daß hier von einem Übertragungsverbote die Rede ist, demgemäß ein an sich der Übertragung fähiges Recht vorausgesetzt sein muß. Das Veräußerungsverbot bezieht sich auf alle Kapitalanteile der Komplementäre, auch wenn über dieselben Aktien ausgestellt sind; damit in diesem Falle das Veräußerungsverbot nicht umgangen wird, ist eben das Verbot der Ausgabe von Aktien aufgestellt (vergl. oben § 2).

b) Das Verbot dauert so lange, als die Komplementäre in diesem ihrem Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft stehen. Erst nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft (vergl. zu Art. 199, ob dies bei Fortbestand der Gesellschaft überhaupt möglich ist) kann der Komplementär die ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Vermögensrechte wirksam abtreten; eine vor diesem Zeitpunkte erfolgte Abtretung konvalesziert nicht mit dem später erfolgten Ausscheiden des Komplementärs. § 4.

c) Die Übertretung des Veräußerungsverbotes hat die Unwirksamkeit der verbotswidrig vorgenommenen Veräußerung zur § 5.

Digitized by Google

Folge. Diese Folge muß angenommen werden, trotzdem das Gesetz bloß die Worte „dürfen nicht" gebraucht (Renaud a. a. O., S. 642); denn einerseits stellt das Gesetz keine Sanktion für die Übertretung des Verbotes auf, und man kann nicht annehmen, daß eine so wichtige Bestimmung jeder Sanktion entbehren sollte, andrerseits muß im Zweifel die allgemeine Rechtsregel zur Anwendung gelangen, daß im Zweifel ein gegen ein bestehendes gesetzliches Verbot vorgenommenes Rechtsgeschäft nichtig ist (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 17). Der Komplementär bleibt daher nach wie vor mit seiner Einlage am Gesellschaftsvermögen beteiligt, und wenn auf die Kapitalanteile der Komplementäre Aktien ausgestellt waren und von den Komplementären rechtswidrig an sich gebracht und veräußert wurden, so kann der Erwerber die Rechte des Kommanditisten nicht ausüben und auch nicht die Eintragung ins Aktienbuch erlangen (Renaud a. a. O., S. 643; anderer Meinung hinsichtlich des Indossatars, Keyßner, § 4 zu Art. 181).[1])

§ 6. 3. **Dem Komplementär ist nicht verwehrt, wirkliche Kommanditaktien zu erwerben.** Er kann das wie jeder Dritte dadurch tun, daß er auf das Kommanditistenkapital Zeichnungen macht oder nach errichteter Gesellschaft von einem Kommanditisten Aktien erwirbt. Er kann in diesem Falle alle Rechte eines Kommanditisten ausüben, insbesondere seine Kommanditaktien nach Maßgabe der Bestimmungen des Gesetzes und des Statutes frei veräußern (vergl. Renaud a. a. O., S. 643; Anschütz-Völderndorff II., S. 439).

§ 7. 4. **Ob eine Exekutionsbeschränkung für die Privatgläubiger des Komplementärs** sich aus diesem Artikel ergibt, darüber vergl. § 22 zu Art. 200.

Artikel 182.

Die Aktien oder Aktienanteile sind unteilbar.

Sie müssen mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden.

Sie können, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden.

Die Übertragung kann durch Indossament geschehen.

In Betreff der Form des Indossaments kommen die Bestimmungen der Art. 11—13 der allgemeinen deutschen Wechselordnung zur Anwendung.

Der erste Absatz dieses Artikels deckt sich mit Art. 207, Abs. 3. Der übrige Inhalt dieses Artikels ist durch Art. 223 auch für Aktiengesellschaften anwendbar erklärt worden. Auf die Erläuterung zu Art. 207 und 223 ist daher zu verweisen und hier nur hinzuzufügen: Zur Einwilligung der Gesellschaft gehört auch die Zustimmung der Komplementäre (Ring, S. 80).

Artikel 183.

Wenn das Eigentum der Aktie auf einen anderen übergeht, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Überganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu bemerken.

[1]) Das d. HGB. hat das hier in Rede stehende Veräußerungsverbot nicht aufgenommen (Denkschrift, S. 173).

Digitized by Google

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigentümer der Aktien angesehen, welche als solche im Aktienbuche verzeichnet sind.

Zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Der Artikel findet nach Art. 223 auch auf Aktiengesellschaften Anwendung. Siehe daher Erläuterung zu Art. 223.

Artikel 184.

Solange der Betrag einer Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, bleibt der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstandes an die Gesellschaft verpflichtet; die Gesellschaft kann ihn dieser Verbindlichkeit nicht entlassen.

Einleitung.

Bei Art. 208 unter III. ist auseinandergesetzt, welche Bedeutung die Zeichnung hat und wann die Zeichnung als akzeptiert gelte. Bei der Aktienkommanditgesellschaft stellt sich die Sache analog. Auch hier liegt in der Aufforderung zur Zeichnung nur eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten, in der Zeichnung liegt die an die persönlich haftenden Gesellschafter gerichtete Offerte, den Gesellschaftsvertrag mitschließen, die Gesellschaft mitbilden zu wollen. In der durch die Komplementäre erfolgenden Einladung der Zeichner zu Generalversammlungen vor Errichtung der Gesellschaft im Sinne des Art. 180 oder zu der etwa abgehaltenen Errichtungsversammlung[1]) liegt die Zurückweisung der Nichtgeladenen; über die Frage, worin die definitive Akzeptation der Zeichnungsofferten liegt, vergl. § 5 zu Art. 210. Bis zur definitiven Akzeptation können die persönlich haftenden Gesellschafter die Offerten zurückweisen. In der Einladung der Aktionäre zu den oberwähnten Generalversammlungen liegt hienach noch keine definitive Akzeptation, sondern nur eine Akzeptation unter Vorbehalt und eine Zurückweisung der übrigen. Die Akzeptation ist unter dem Vorbehalte ausgesprochen, daß nicht noch nachträglich eine Zurückweisung erfolgt, sofern nicht etwa schon vor Abhaltung der Errichtungsversammlung eine definitive Akzeptation erfolgt ist. Die Zeichner aber sind mit der Zeichnung definitiv gebunden: sie haben zwar die Freiheit, in der etwa abgehaltenen Errichtungsversammlung nach Belieben zu stimmen, sind jedoch dem Majoritätsbeschlusse unterworfen und haben nicht die Möglichkeit, die Offerte zurückzuziehen.

§ 1.

Die Bestimmung, daß der Zeichner zur Zahlung des gezeichneten Betrages verpflichtet ist, ist selbstverständlich (vergl. Erläuterung zu Art. 208 unter III.). Voraussetzung für die Verpflichtung des Zeichners ist, daß die Zeichnung nicht infolge Verletzung der Bestimmung des Art. 180 von Anfang an ungültig war und nicht infolge von der seitens der Generalversammlung erfolgten Verweigerung der ihr nach der oben genannten Gesetzesstelle vorbehaltenen Genehmigung für den Zeichner unverbindlich wurde (vergl. § 5 zu Art. 180); endlich tritt die Verpflichtung des Zeichners nur für den Fall ein, daß die Gesellschaft wirklich ins Leben getreten ist, und beginnt erst mit diesem Zeitpunkte; daher kann der Zeichner zur Leistung der vor Eintragung der Gesellschaft auszuweisenden Zahlung von 25 Prozent des gezeichneten Betrages nicht gezwungen werden (vergl. § 2 zu Art. 177). Sind die genannten

[1]) Gesetzlich vorgeschrieben ist die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung bei der Aktienkommanditgesellschaft (von den Fällen der Art. 180 und 177, Z. 3 abgesehen) nicht (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 301).

Digitized by Google

Voraussetzungen gegeben, so ist es für die Verpflichtung des Zeichners ohne Einfluß, ob er die nicht voll einbezahlte Aktie bereits erhalten hat oder nicht, und ob er sein aus der Zeichnung entspringendes Recht auf Gewährung von Aktien bereits abgetreten hat. Die Haftung des Zeichners für den gezeichneten Betrag besteht gegenüber der Gesellschaft; eine direkte Haftung des Zeichners gegenüber den Gesellschaftsgläubigern mit dem restlichen Teile des rückständigen Betrages ist im Gesetze nicht ausgesprochen (ROHG. 22, S. 345; Renaud a. a. O., S. 734). Der Klage der Gesellschaft auf Zahlung des gezeichneten Betrages kann der Zeichner diejenigen Einwendungen entgegensetzen, die ihm aus dem in der Zeichnung und deren Annahme liegenden Vertrage zustehen, sofern nicht die Vertragsvereinbarungen wegen Verstößen gegen Art. 180 die Zeichnung überhaupt unwirksam machen (vergl. ROHG. 14, S. 308). Über die Frage, ob der Zeichner gegen seine Einlagepflicht eine andere ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung in Aufrechnung bringen kann, siehe Zusatz zu Art. 220 bis 223. Der gemäß Art. 157 auf Kommanditgesellschaften anwendbare Art. 95 gelangt auch bei Aktienkommanditgesellschaften zur Anwendung (vergl. § 3 zu Art. 173). Daher ist der Zeichner, der den gezeichneten Betrag nicht rechtzeitig einzahlt, ohne Mahnung von Rechts wegen zur Zahlung von 6 Prozent Verzugszinsen von dem Tage an, an dem die Zahlung hätte geschehen sollen, verpflichtet (Renaud a. a. O., S. 738).

§ 2. **Die Gesellschaft kann dem Aktienzeichner die Zahlung des gezeichneten Betrages nicht erlassen.** In dieser Bestimmung liegt das Schwergewicht des vorliegenden Artikels. Der Aktienzeichner kann aus seiner Verbindlichkeit auch dann nicht entlassen werden, wenn er sein Anrecht einem anderen abtritt und dieser von der Gesellschaft als Schuldner für den gezeichneten Betrag angenommen wird; hiedurch ist eine wesentliche Abweichung von den für die Aktiengesellschaft über diesen Gegenstand getroffenen Bestimmungen geschaffen (vergl. Art. 223). Diese Verschiedenheit erklärt sich daraus, daß man bei der Aktienkommanditgesellschaft, für die das Erfordernis der staatlichen Genehmigung ursprünglich nicht in Aussicht genommen war, den Gesellschaftsgläubigern einen gesetzlichen Schutz gewähren wollte, den man bei der Aktiengesellschaft infolge der Notwendigkeit der staatlichen Genehmigung für überflüssig hielt (Renaud a. a. O., S. 735). Natürlich steht nichts entgegen, daß der Rechtsnachfolger des Zeichners der Einlageschuld des ersteren als Bürge oder Mitschuldner zur ungeteilten Hand beitritt. Eine Befreiung des Zeichners von der Volleinzahlung des gezeichneten Betrages ist jedenfalls den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam, zu deren Schutze ja die gegenständliche Bestimmung getroffen wurde (vergl. ROHG. 7, S. 438). Diesen gegenüber besteht zwar keine direkte Haftung des Aktienzeichners mit dem rückständigen Betrage, aber sie können die Forderung der Gesellschaft gegen Aktienzeichner auf Leistung des gezeichneten Betrages als zum Vermögen der Gesellschaft gehörend ansehen und auf diese Forderung mittels Pfändung und Überweisung Exekution führen. Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes muß aber auch angenommen werden, daß die Befreiung des Aktienzeichners auch gegenüber der Gesellschaft unwirksam ist. Den gegenteiligen Ausführungen Renauds (a. a. O., S. 736), daß sich nicht einsehen lasse, warum nicht mit Einwilligung sämtlicher Komplementäre und Kommanditisten eine solche Befreiung im Verhältnisse zur Gesellschaft wirksam sein solle, kann nicht beigepflichtet werden. Mag auch die in Rede stehende Bestimmung vornehmlich den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezwecken, so rechtfertigt der klare Wortlaut des Gesetzestextes doch nicht Renauds Unterscheidung. Wir sehen ja auch an anderen Stellen, daß das Gesetz die Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften gegen Hand-

Digitized by Google

lungen ihrer eigenen Organe und Mitglieder schützt; wenn Renaud für die Wirksamkeit einer Befreiung des Aktienzeichners von seiner Einlagepflicht nicht bloß einen Beschluß der Generalversammlung, sondern Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verlangt, so ändert dies an der Sachlage nichts; denn die Aktienkommanditgesellschaft ist eine juristische Person (vergl. § 2 zu Art. 173), ihrer Natur nach auf den Wechsel der Mitglieder berechnet, und es erscheint daher vollkommen gerechtfertigt, wenn das Gesetz zum Schutze der künftigen Mitglieder selbst einem einstimmigen Beschlusse der derzeitigen Mitglieder die Gültigkeit versagt.

§ 3. **Die Haftung für den gezeichneten Betrag trifft den Zeichner oder dessen Universalsukzessor**, dagegen nicht denjenigen, dem der Zeichner sein Recht aus der Zeichnung abgetreten hat, und auch nicht den zeitigen ins Aktienbuch eingetragenen Aktionär. Abweichend von den Bestimmungen über die Aktiengesellschaft (vergl. Art. 220) ist eine Haftung des zeitigen Kommanditaktionärs nicht ausgesprochen (Renaud a. a. O., S. 737). Bloß vertragsmäßig kann eine Haftung des zeitigen Aktionärs begründet werden, aber nur neben der fortbestehenden Haftung des Aktienzeichners (vergl. oben § 2). Ein indirektes Zwangsmittel gegen den zeitigen Aktionär durch Berechtigung der Gesellschaft, dessen Mitgliedschaftsrecht bei Säumnis in der Zahlung des Aktienbetrages einzuziehen, kann allerdings durch das Statut begründet werden, trotzdem der Aktienkommanditgesellschaft nicht wie der Aktiengesellschaft durch Art. 220 das Recht, derartige Bestimmungen in das Statut aufzunehmen, ausdrücklich im Gesetze zugesprochen ist; jedoch finden die im Art. 221, Abs. 2, ausgesprochenen Beschränkungen nicht ohneweiters Anwendung (Renaud a. a. O.); es ist vielmehr Sache des richterlichen Ermessens, im einzelnen Falle über die Gültigkeit eines im Statute vorbehaltenen Kaduzierungsrechtes nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Das einzige Mittel, welches der Gesellschaft gegen den säumigen derzeitigen (vom Aktienzeichner verschiedenen) Aktionär schon auf Grund des Gesetzes zusteht, soll nach Renaud (a. a. O., S. 738) darin bestehen, daß die Gesellschaft berechtigt ist, die Zahlung von Dividenden dem Aktionär solange zu verweigern, bis der Betrag der Aktie voll einbezahlt ist. Auch dies kann nicht als zutreffend angesehen werden (vergl. § 8 zu dem hinter Art. 223 erläuterten Art. 183).

Artikel 185.

Die persönlich haftenden Gesellschafter sind verpflichtet, dem Aufsichtsrate und den Kommanditisten spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen.

§ 1. Die Vorschrift korrespondiert mit Art. 239, Satz 2. Auf die Erläuterung zu demselben ist zu verweisen, nur ist zu bemerken: Bei der Aktienkommanditgesellschaft ist lediglich eine sechsmonatliche Frist zur Vorlegung der Bilanz bestimmt. Eine statutarische Verlängerung dieser Frist auf zwölf Monate über Gestattung der zur Erteilung der staatlichen Gnehmigung berufenen Behörde, wie es bei der Aktiengesellschaft nach Art. 249, Abs. 2, und § 35, EinfG. zum HGB., möglich ist, ist hier nicht vorgesehen.

§ 2. **Zusatz 1.** Die im 1. Satze des Art. 239 vorgesehene Pflicht zur Bücherführung ist hier nicht erwähnt. Die persönlich haftenden Gesellschafter haben diese Pflicht auf Grund der Art. 28 ff., Art. 5 HGB. Die Bilanz haben sie sämtlich zu unterschreiben (Art. 30) und auch im übrigen gelten hierüber die zu Art. 239, Abs. 1, gegebenen Erläuterungen.

Digitized by Google

§ 3. Zusatz 2. Hinzuzufügen ist, daß bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht bloß das Aktienkapital unter den Passiven aufzuführen ist, sondern auch das Einlagekapital, bezw. die Anteile der Komplementäre außerhalb des Kommanditkapitals (Reisch und Kreibig II., S. 106). Das ist gesetzlich zwar nicht vorgeschrieben, es folgt aber schon aus der Natur der Sache, und insbesondere der doppelten Buchführung von selbst, daß eine der Einlage, bezw. den Anwachsungen und Minderungen derselben entsprechende Ziffer als Reservekonto unter die sogenannten Passiven eingestellt wird, damit auf diese Weise von den vorhandenen Werten ein entsprechender Teil von der Verteilung zurückgehalten, bezw. solange in Werten angesammelt werde, bis dieselben außer den Ziffern der übrigen Reservekonten auch einen dieser Ziffer entsprechenden Betrag erreicht haben, ehe an Gewinnverteilung gedacht wird. Unter Anteil am Gesellschaftsvermögen ist hier dasselbe zu verstehen, wie in Art. 106 (vergl. § 5 daselbst): der etwaige Aktivsaldo des Komplementärs, das heißt die Ziffer seiner Einlage, vermehrt um die zugeschriebenen Zinsen und Gewinne und vermindert um die Entnahmen, um die Zinsen davon und um den Verlustanteil. Die betreffende Passivziffer ist hienach eine veränderliche Ziffer und nicht, wie Petersen und Pechmann (S. 271) meinen, eine stetige, das heißt eine dem Betrage der Einlage immer gleichkommende (Behrend, § 146, Anm. 2).[1])

Artikel 186.

Die Rechte, welche den Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach den Bestimmungen des vorigen Abschnittes in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz, die Bestimmung der Gewinnverteilung, die Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft und die Befugnis, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters zu verlangen, zustehen, werden von der Gesamtheit der Kommanditisten in der Generalversammlung ausgeübt.

Die Beschlüsse der Generalversammlung werden durch den Aufsichtsrat ausgeführt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage ein anderes bestimmt ist.

Einleitung. **Der Artikel bestimmt, in welcher Weise die Kommanditisten ihre Rechte gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern auszuüben haben.** Es geschieht dies in der Weise, daß die Aktionärversammlung beschließt (Abs. 1) und der Aufsichtsrat oder ein anderes hiezu bestelltes Organ den Beschluß ausführt (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Rechte der Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern werden durch Beschlußfassung der Kommanditistenversammlung ausgeübt.**

a) Welche Rechte gemeint sind, zählt der Artikel besonders auf. Was dabei insbesondere die Rechte auf die Geschäftsführung betrifft, so ist hervorzuheben, daß sowohl aus dem sonstigen Zusammenhange des Gesetzes (vergl. § 3 zu Art. 173), als aus der Bezugnahme dieses Absatzes auf „die Bestimmungen des vorigen Abschnittes" folgt, daß die Kommanditisten hier die gleichen Rechte auf Teilnahme an

[1]) Ein Beispiel einer Bilanz einer Aktienkommanditgesellschaft siehe bei Reisch und Kreibig a. a. O.

Digitized by Google

der Geschäftsführung haben, wie bei der Kommanditgesellschaft, also im wesentlichen das Recht des Widerspruches bei ungewöhnlichen Geschäften (vergl. §§ 4, 5, 7 zu Art. 158). Das Recht auf Einsicht und Prüfung der Bilanz insbesondere anlangend, so steht den Kommanditisten nicht bloß das Recht aus Art. 160, sondern auch dasjenige aus Art. 193 zu. Die Gewinnverteilungsrechte richten sich nach dem Statute, eventuell nach Art. 162; Beschlüsse der Generalversammlung, welche dem Statute oder diesem Artikel widersprechen, unterliegen der Anfechtung.

b) Die Rechte werden ausgeübt durch Beschluß der Kommanditistenversammlung, welcher vom Aufsichtsrate ausgeführt wird. Die Rechte stehen also nicht jedem Kommanditisten einzeln, sondern der organisierten Kommanditistengesamtheit zu. § 2.

2. (Abs. 2.) **Die Beschlüsse werden ausgeführt durch den Aufsichtsrat.** Im § 2 zu Art. 224 ist dargelegt, daß die Generalversammlung ihren Einfluß auf die Geschäftsführung ihrer Natur nach nur durch eine beschließende Tätigkeit ausüben kann. Ihre Beschlüsse werden ausgeführt durch besondere Organe, hier durch den Aufsichtsrat. Da aber nach dem vorliegenden Artikel auch andere Organe hiezu bestellt sein können, so ist ein Verwaltungsrat bei der Aktienkommanditgesellschaft zweifelsohne zulässig. Dies ist die herrschende Ansicht (Ring, S. 285; Petersen und Pechmann, S. 215; Esser, Anm. 6; Kayser, Anm. 5; Hergenhahn, Anm. 6; Blaschke-Pitreich, S. 180). § 3.

Zusatz 1. über die Form der Generalversammlungsbeschlüsse ist nichts bestimmt (vergl. hierüber zu Art. 224). § 4.

Zusatz 2. Im vorliegenden Artikel sind übrigens nur die Rechte der Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern behandelt; **die Generalversammlung der Kommanditisten hat aber noch sonstige zahlreiche Funktionen**, vergl. Art. 182, 191, 192, 194, 195, 199, 203, 205. Es gilt materiell und formell für alle diese Kommanditistenversammlungen das gleiche, wie es in den §§ 1 und 2 zu Art. 198 dargelegt ist. § 5.

Zusatz 3. Die Stellung der Komplementäre gegenüber den Generalversammlungsbeschlüssen. Der Zustimmung der Komplementäre bedürfen solche Beschlüsse der Generalversammlung, welche Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist (vergl. zu Art. 198). Der Zustimmung bedürfen hienach nicht solche Beschlüsse, welche gemeinsame Angelegenheiten nicht betreffen (z. B. die Wahl oder Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrates, die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten zur Führung von Prozessen der Kommanditistengesamtheit gegen die Komplementäre, die Kündigung der Gesellschaft). § 6.

Artikel 187.

Die Generalversammlung der Kommanditisten wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrat berufen, soferne nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind.

Der Artikel stimmt überein mit Art. 236, auf dessen Erläuterung verwiesen wird. Hinzuzufügen ist:

Das Berufungsrecht des Aufsichtsrates steht natürlich nicht jedem einzelnen Mitgliede desselben, sondern dem Aufsichtsrate als geschlossenem Organe

Digitized by Google

zu. Der Aufsichtsrat muß daher die Berufung gültig beschließen und den Beschluß den Aktionären gehörig nach außen kundgeben (vergl. Art. 175, Nr. 7).

Hinsichtlich des Berufungsrechtes der persönlich haftenden Gesellschafter wird gestritten, ob es jedem einzelnen derselben zustehe (so Ring, S. 91; Schultze-Görlitz, S. 188) oder nur allen zusammen (so Esser, S. 49; Hergenhahn, S. 27; Behrend, § 145, Anm. 18) oder den geschäftsführenden Komplementären (so Renaud a. a. O., S. 748; Puchelt-Förtsch, Anm. 2). Wir sind der letzteren Ansicht, der vorliegende Artikel will nur besagen, daß das Recht der Berufung beiden Teilen zusteht, dem Organe der Kommanditisten und dem der Komplementäre. In welcher Zusammensetzung letztere dabei zu fungieren haben, darüber will der Artikel nicht disponieren, insbesondere erhellt nicht, daß er hierüber anders verfügen wollte, als was sonst für die Geschäftsführung gilt.

Artikel 188.

Eine Generalversammlung der Kommanditisten ist außer den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Die Generalversammlung muß auch dann berufen werden, wenn dies von einem Kommanditisten oder einer Anzahl von Kommanditisten, deren Aktien zusammen den zehnten Teil des Gesamtkapitals der Kommanditisten darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt wird. Ist im Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines größeren oder eines geringeren Anteiles am Gesamtkapitale geknüpft, so hat es hiebei sein Bewenden.

Im wesentlichen entspricht die Vorschrift dem Art. 237, daher wird auf die Erläuterung zu Art. 237 verwiesen.

Artikel 189.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekanntgemacht werden. Über Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; hievon ist jedoch der Beschluß über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung ausgenommen.

Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

Der Artikel stimmt im allgemeinen überein mit Art. 238.

Zum Vorsitzenden der Kommanditistenversammlung kann nach Petersen und Pechmann ein Komplementär nicht ernannt werden, weil es sich um Rechte handle, welche gegenüber den Komplementären ausgeübt werden sollen. Allein das beeinflußt nur das Stimmrecht. Die formelle Leitung kann ihm übertragen werden, wenn sich dies auch nicht empfiehlt. Am geeignetsten

Digitized by Google

für diese Leitung ist im allgemeinen der Vorsitzende des Aufsichtsrates oder der Rechtskonsulent der Gesellschaft.

Artikel 190.

Soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt, werden die Beschlüsse der Generalversammlung der Kommanditisten mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt, und jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme.

§ 1. Der Artikel enthält eine Dispositivvorschrift hinsichtlich der Art der Beschlußfassung und des Stimmrechtes der Aktionäre in der Generalversammlung. Daß nur die Kommanditaktionäre in der Generalversammlung stimmberechtigt sind, wird als selbstverständlich vorausgesetzt, ergibt sich übrigens auch aus dem Schlußsatze des Artikels. Die Komplementäre sind vom Stimmrechte grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn sie gleichzeitig Kommanditisten sind (anders nach § 327 d. HGB.); jedoch folgt aus der Natur der Sache, daß sie sich in den Fällen des Stimmrechtes enthalten müssen, wo es sich um die Prüfung ihrer Geschäftsführung, Erteilung der Decharge, Erhebung von Schadenersatzansprüchen gegen sie, Festsetzung ihrer etwa zustehenden Remuneration handelt (Renaud a. a. O., S. 747); denn in allen diesen Fällen dient die Generalversammlung dazu, den Willen des einen Teiles der Gesellschaft, nämlich den der Kommanditisten, gegenüber dem Willen des anderen Teiles, der Komplementäre, zum Ausdrucke zu bringen.

§ 2. **Die Bestimmung, daß zur Beschlußfassung einfache Majorität erforderlich und genügend ist, ist eine reine Dispositivvorschrift**, sie kann durch Statutenbestimmung beliebig geändert werden. Eine gesetzliche Ausnahme von dieser Dispositivvorschrift enthält nur Art. 180 (vergl. dortselbst). Eine scheinbare Ausnahme findet statt, wenn im Statute für die Beschlußfassung über gewisse Gegenstände eine besonders qualifizierte Majorität vorgeschrieben ist; in diesem Falle muß der im Statute zum Ausdrucke gebrachte Parteiwille dahin ausgelegt werden, daß auch dieselbe qualifizierte Majorität für die Aufhebung der betreffenden statutarischen Bestimmung notwendig ist, denn andernfalls wäre letztere gegenstandslos.

§ 3. Der **Schlußsatz** des Artikels deckt sich mit Art. 224, Abs. 2. Auf dessen Erläuterung ist daher zu verweisen, insbesondere hinsichtlich der Fragen über das Stimmrecht der Inhaber von Aktienanteilen, die Ausübung des Stimmrechtes durch Stellvertreter, wann sich der einzelne Aktionär der Ausübung des Stimmrechtes zu enthalten hat usw.

Artikel 191.

Der Aufsichtsrat kann das erstemal nicht auf länger als ein Jahr, später nicht auf länger als fünf Jahre gewählt werden.

Insoweit die Wahl auf einen längeren Zeitraum geschieht, ist dieselbe ohne rechtliche Wirkung.

Einleitung. Anders als bei der Aktiengesellschaft verlangt bei der Aktienkommanditgesellschaft das Gesetz einen Aufsichtsrat, allerdings nicht in der Form, daß das Gesetz direkt die Bestellung eines Aufsichtsrates vorschreibt, sondern in der Weise, daß es die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung zum notwendigen Inhalte des Statutes (Art. 175, Z. 6) und den Nachweis der Befolgung dieser Bestimmung des Statutes zu einer Bedingung macht, von deren Erfüllung die Eintragung und damit die Existenz der Gesellschaft abhängt.

Digitized by Google

Folge. Diese Folge muß angenommen werden, trotzdem das Gesetz bloß die Worte „dürfen nicht" gebraucht (Renaud a. a. O., S. 642); denn einerseits stellt das Gesetz keine Sanktion für die Übertretung des Verbotes auf, und man kann nicht annehmen, daß eine so wichtige Bestimmung jeder Sanktion entbehren sollte, andrerseits muß im Zweifel die allgemeine Rechtsregel zur Anwendung gelangen, daß im Zweifel ein gegen ein bestehendes gesetzliches Verbot vorgenommenes Rechtsgeschäft nichtig ist (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 17). Der Komplementär bleibt daher nach wie vor mit seiner Einlage am Gesellschaftsvermögen beteiligt, und wenn auf die Kapitalanteile der Komplementäre Aktien ausgestellt waren und von den Komplementären rechtswidrig an sich gebracht und veräußert wurden, so kann der Erwerber die Rechte des Kommanditisten nicht ausüben und auch nicht die Eintragung ins Aktienbuch erlangen (Renaud a. a. O., S. 643; anderer Meinung hinsichtlich des Indossatars, Keyßner, § 4 zu Art. 181).[1])

§ 6. 3. **Dem Komplementär ist nicht verwehrt, wirkliche Kommanditaktien zu erwerben.** Er kann das wie jeder Dritte dadurch tun, daß er auf das Kommanditistenkapital Zeichnungen macht oder nach errichteter Gesellschaft von einem Kommanditisten Aktien erwirbt. Er kann in diesem Falle alle Rechte eines Kommanditisten ausüben, insbesondere seine Kommanditaktien nach Maßgabe der Bestimmungen des Gesetzes und des Statutes frei veräußern (vergl. Renaud a. a. O., S. 643; Anschütz-Völderndorff II., S. 439).

§ 7. 4. **Ob eine Exekutionsbeschränkung für die Privatgläubiger des Komplementärs** sich aus diesem Artikel ergibt, darüber vergl. § 22 zu Art. 200.

Artikel 182.

Die Aktien oder Aktienanteile sind unteilbar.

Sie müssen mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden.

Sie können, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden.

Die Übertragung kann durch Indossament geschehen.

In Betreff der Form des Indossaments kommen die Bestimmungen der Art. 11—13 der allgemeinen deutschen Wechselordnung zur Anwendung.

Der erste Absatz dieses Artikels deckt sich mit Art. 207, Abs. 3. Der übrige Inhalt dieses Artikels ist durch Art. 223 auch für Aktiengesellschaften anwendbar erklärt worden. Auf die Erläuterung zu Art. 207 und 223 ist daher zu verweisen und hier nur hinzuzufügen: Zur Einwilligung der Gesellschaft gehört auch die Zustimmung der Komplementäre (Ring, S. 80).

Artikel 183.

Wenn das Eigentum der Aktie auf einen anderen übergeht, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Überganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu bemerken.

[1]) Das d. HGB. hat das hier in Rede stehende Veräußerungsverbot nicht aufgenommen (Denkschrift, S. 173).

Digitized by Google

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigentümer der Aktien angesehen, welche als solche im Aktienbuche verzeichnet sind.

Zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Der Artikel findet nach Art. 223 auch auf Aktiengesellschaften Anwendung. Siehe daher Erläuterung zu Art. 223.

Artikel 184.

Solange der Betrag einer Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, bleibt der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstandes an die Gesellschaft verpflichtet; die Gesellschaft kann ihn dieser Verbindlichkeit nicht entlassen.

Einleitung.

Bei Art. 208 unter III. ist auseinandergesetzt, welche Bedeutung die Zeichnung hat und wann die Zeichnung als akzeptiert gelte. Bei der Aktienkommanditgesellschaft stellt sich die Sache analog. Auch hier liegt in der Aufforderung zur Zeichnung nur eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten, in der Zeichnung liegt die an die persönlich haftenden Gesellschafter gerichtete Offerte, den Gesellschaftsvertrag mitschließen, die Gesellschaft mitbilden zu wollen. In der durch die Komplementäre erfolgenden Einladung der Zeichner zu Generalversammlungen vor Errichtung der Gesellschaft im Sinne des Art. 180 oder zu der etwa abgehaltenen Errichtungsversammlung[1]) liegt die Zurückweisung der Nichtgeladenen; über die Frage, worin die definitive Akzeptation der Zeichnungsofferten liegt, vergl. § 5 zu Art. 210. Bis zur definitiven Akzeptation können die persönlich haftenden Gesellschafter die Offerten zurückweisen. In der Einladung der Aktionäre zu den oberwähnten Generalversammlungen liegt hienach noch keine definitive Akzeptation, sondern nur eine Akzeptation unter Vorbehalt und eine Zurückweisung der übrigen. Die Akzeptation ist unter dem Vorbehalte ausgesprochen, daß nicht noch nachträglich eine Zurückweisung erfolgt, sofern nicht etwa schon vor Abhaltung der Errichtungsversammlung eine definitive Akzeptation erfolgt ist. Die Zeichner aber sind mit der Zeichnung definitiv gebunden: sie haben zwar die Freiheit, in der etwa abgehaltenen Errichtungsversammlung nach Belieben zu stimmen, sind jedoch dem Majoritätsbeschlusse unterworfen und haben nicht die Möglichkeit, die Offerte zurückzuziehen.

§ 1.

Die Bestimmung, daß der Zeichner zur Zahlung des gezeichneten Betrages verpflichtet ist, ist selbstverständlich (vergl. Erläuterung zu Art. 208 unter III.). Voraussetzung für die Verpflichtung des Zeichners ist, daß die Zeichnung nicht infolge Verletzung der Bestimmung des Art. 180 von Anfang an ungültig war und nicht infolge von der seitens der Generalversammlung erfolgten Verweigerung der ihr nach der oben genannten Gesetzesstelle vorbehaltenen Genehmigung für den Zeichner unverbindlich wurde (vergl. § 5 zu Art. 180); endlich tritt die Verpflichtung des Zeichners nur für den Fall ein, daß die Gesellschaft wirklich ins Leben getreten ist, und beginnt erst mit diesem Zeitpunkte; daher kann der Zeichner zur Leistung der vor Eintragung der Gesellschaft auszuweisenden Zahlung von 25 Prozent des gezeichneten Betrages nicht gezwungen werden (vergl. § 2 zu Art. 177). Sind die genannten

[1]) Gesetzlich vorgeschrieben ist die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung bei der Aktienkommanditgesellschaft (von den Fällen der Art. 180 und 177, Z. 3 abgesehen) nicht (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 301).

Digitized by Google

Voraussetzungen gegeben, so ist es für die Verpflichtung des Zeichners ohne Einfluß, ob er die nicht voll einbezahlte Aktie bereits erhalten hat oder nicht, und ob er sein aus der Zeichnung entspringendes Recht auf Gewährung von Aktien bereits abgetreten hat. Die Haftung des Zeichners für den gezeichneten Betrag besteht gegenüber der Gesellschaft; eine direkte Haftung des Zeichners gegenüber den Gesellschaftsgläubigern mit dem restlichen Teile des rückständigen Betrages ist im Gesetze nicht ausgesprochen (ROHG. 22, S. 345; Renaud a. a. O., S. 734). Der Klage der Gesellschaft auf Zahlung des gezeichneten Betrages kann der Zeichner diejenigen Einwendungen entgegensetzen, die ihm aus dem in der Zeichnung und deren Annahme liegenden Vertrage zustehen, sofern nicht die Vertragsvereinbarungen wegen Verstößen gegen Art. 180 die Zeichnung überhaupt unwirksam machen (vergl. ROHG. 14, S. 308). Über die Frage, ob der Zeichner gegen seine Einlagepflicht eine andere ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung in Aufrechnung bringen kann, siehe Zusatz zu Art. 220 bis 223. Der gemäß Art. 157 auf Kommanditgesellschaften anwendbare Art. 95 gelangt auch bei Aktienkommanditgesellschaften zur Anwendung (vergl. § 3 zu Art. 173). Daher ist der Zeichner, der den gezeichneten Betrag nicht rechtzeitig einzahlt, ohne Mahnung von Rechts wegen zur Zahlung von 6 Prozent Verzugszinsen von dem Tage an, an dem die Zahlung hätte geschehen sollen, verpflichtet (Renaud a. a. O., S. 738).

§ 2. **Die Gesellschaft kann dem Aktienzeichner die Zahlung des gezeichneten Betrages nicht erlassen.** In dieser Bestimmung liegt das Schwergewicht des vorliegenden Artikels. Der Aktienzeichner kann aus seiner Verbindlichkeit auch dann nicht entlassen werden, wenn er sein Anrecht einem anderen abtritt und dieser von der Gesellschaft als Schuldner für den gezeichneten Betrag angenommen wird; hiedurch ist eine wesentliche Abweichung von den für die Aktiengesellschaft über diesen Gegenstand getroffenen Bestimmungen geschaffen (vergl. Art. 223). Diese Verschiedenheit erklärt sich daraus, daß man bei der Aktienkommanditgesellschaft, für die das Erfordernis der staatlichen Genehmigung ursprünglich nicht in Aussicht genommen war, den Gesellschaftsgläubigern einen gesetzlichen Schutz gewähren wollte, den man bei der Aktiengesellschaft infolge der Notwendigkeit der staatlichen Genehmigung für überflüssig hielt (Renaud a. a. O., S. 735). Natürlich steht nichts entgegen, daß der Rechtsnachfolger des Zeichners der Einlageschuld des ersteren als Bürge oder Mitschuldner zur ungeteilten Hand beitritt. Eine Befreiung des Zeichners von der Volleinzahlung des gezeichneten Betrages ist jedenfalls den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam, zu deren Schutze ja die gegenständliche Bestimmung getroffen wurde (vergl. ROHG. 7, S. 438). Diesen gegenüber besteht zwar keine direkte Haftung des Aktienzeichners mit dem rückständigen Betrage, aber sie können die Forderung der Gesellschaft gegen Aktienzeichner auf Leistung des gezeichneten Betrages als zum Vermögen der Gesellschaft gehörend ansehen und auf diese Forderung mittels Pfändung und Überweisung Exekution führen. Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes muß aber auch angenommen werden, daß die Befreiung des Aktienzeichners auch gegenüber der Gesellschaft unwirksam ist. Den gegenteiligen Ausführungen Renauds (a. a. O., S. 736), daß sich nicht einsehen lasse, warum nicht mit Einwilligung sämtlicher Komplementäre und Kommanditisten eine solche Befreiung im Verhältnisse zur Gesellschaft wirksam sein solle, kann nicht beigepflichtet werden. Mag auch die in Rede stehende Bestimmung vornehmlich den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezwecken, so rechtfertigt der klare Wortlaut des Gesetzestextes doch nicht Renauds Unterscheidung. Wir sehen ja auch an anderen Stellen, daß das Gesetz die Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften gegen Hand-

Digitized by Google

lungen ihrer eigenen Organe und Mitglieder schützt; wenn Renaud für die Wirksamkeit einer Befreiung des Aktienzeichners von seiner Einlagepflicht nicht bloß einen Beschluß der Generalversammlung, sondern Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verlangt, so ändert dies an der Sachlage nichts; denn die Aktienkommanditgesellschaft ist eine juristische Person (vergl. § 2 zu Art. 173), ihrer Natur nach auf den Wechsel der Mitglieder berechnet, und es erscheint daher vollkommen gerechtfertigt, wenn das Gesetz zum Schutze der künftigen Mitglieder selbst einem einstimmigen Beschlusse der derzeitigen Mitglieder die Gültigkeit versagt.

§ 3. **Die Haftung für den gezeichneten Betrag trifft den Zeichner oder dessen Universalsukzessor**, dagegen nicht denjenigen, dem der Zeichner sein Recht aus der Zeichnung abgetreten hat, und auch nicht den zeitigen ins Aktienbuch eingetragenen Aktionär. Abweichend von den Bestimmungen über die Aktiengesellschaft (vergl. Art. 220) ist eine Haftung des zeitigen Kommanditaktionärs nicht ausgesprochen (Renaud a. a. O., S. 737). Bloß vertragsmäßig kann eine Haftung des zeitigen Aktionärs begründet werden, aber nur neben der fortbestehenden Haftung des Aktienzeichners (vergl. oben § 2). Ein indirektes Zwangsmittel gegen den zeitigen Aktionär durch Berechtigung der Gesellschaft, dessen Mitgliedschaftsrecht bei Säumnis in der Zahlung des Aktienbetrages einzuziehen, kann allerdings durch das Statut begründet werden, trotzdem der Aktienkommanditgesellschaft nicht wie der Aktiengesellschaft durch Art. 220 das Recht, derartige Bestimmungen in das Statut aufzunehmen, ausdrücklich im Gesetze zugesprochen ist; jedoch finden die im Art. 221, Abs. 2, ausgesprochenen Beschränkungen nicht ohneweiters Anwendung (Renaud a. a. O.); es ist vielmehr Sache des richterlichen Ermessens, im einzelnen Falle über die Gültigkeit eines im Statute vorbehaltenen Kaduzierungsrechtes nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Das einzige Mittel, welches der Gesellschaft gegen den säumigen derzeitigen (vom Aktienzeichner verschiedenen) Aktionär schon auf Grund des Gesetzes zusteht, soll nach Renaud (a. a. O., S. 738) darin bestehen, daß die Gesellschaft berechtigt ist, die Zahlung von Dividenden dem Aktionär solange zu verweigern, bis der Betrag der Aktie voll einbezahlt ist. Auch dies kann nicht als zutreffend angesehen werden (vergl. § 8 zu dem hinter Art. 223 erläuterten Art. 183).

Artikel 185.

Die persönlich haftenden Gesellschafter sind verpflichtet, dem Aufsichtsrate und den Kommanditisten spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen.

§ 1. Die Vorschrift korrespondiert mit Art. 239, Satz 2. Auf die Erläuterung zu demselben ist zu verweisen, nur ist zu bemerken: Bei der Aktienkommanditgesellschaft ist lediglich eine sechsmonatliche Frist zur Vorlegung der Bilanz bestimmt. Eine statutarische Verlängerung dieser Frist auf zwölf Monate über Gestattung der zur Erteilung der staatlichen Gnehmigung berufenen Behörde, wie es bei der Aktiengesellschaft nach Art. 249, Abs. 2, und § 35, EinfG. zum HGB., möglich ist, ist hier nicht vorgesehen.

§ 2. Zusatz 1. Die im 1. Satze des Art. 239 vorgesehene Pflicht zur Bücherführung ist hier nicht erwähnt. Die persönlich haftenden Gesellschafter haben diese Pflicht auf Grund der Art. 28 ff., Art. 5 HGB. Die Bilanz haben sie sämtlich zu unterschreiben (Art. 30) und auch im übrigen gelten hierüber die zu Art. 239, Abs. 1, gegebenen Erläuterungen.

Digitized by Google

§ 3. Zusatz 2. Hinzuzufügen ist, daß bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht bloß das Aktienkapital unter den Passiven aufzuführen ist, sondern auch das Einlagekapital, bezw. die Anteile der Komplementäre außerhalb des Kommanditkapitals (Reisch und Kreibig II., S. 106). Das ist gesetzlich zwar nicht vorgeschrieben, es folgt aber schon aus der Natur der Sache, und insbesondere der doppelten Buchführung von selbst, daß eine der Einlage, bezw. den Anwachsungen und Minderungen derselben entsprechende Ziffer als Reservekonto unter die sogenannten Passiven eingestellt wird, damit auf diese Weise von den vorhandenen Werten ein entsprechender Teil von der Verteilung zurückgehalten, bezw. solange in Werten angesammelt werde, bis dieselben außer den Ziffern der übrigen Reservekonten auch einen dieser Ziffer entsprechenden Betrag erreicht haben, ehe an Gewinnverteilung gedacht wird. Unter Anteil am Gesellschaftsvermögen ist hier dasselbe zu verstehen, wie in Art. 106 (vergl. § 5 daselbst): der etwaige Aktivsaldo des Komplementärs, das heißt die Ziffer seiner Einlage, vermehrt um die zugeschriebenen Zinsen und Gewinne und vermindert um die Entnahmen, um die Zinsen davon und um den Verlustanteil. Die betreffende Passivziffer ist hienach eine veränderliche Ziffer und nicht, wie Petersen und Pechmann (S. 271) meinen, eine stetige, das heißt eine dem Betrage der Einlage immer gleichkommende (Behrend, § 146, Anm. 2).[1])

Artikel 186.

Die Rechte, welche den Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach den Bestimmungen des vorigen Abschnittes in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz, die Bestimmung der Gewinnverteilung, die Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft und die Befugnis, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters zu verlangen, zustehen, werden von der Gesamtheit der Kommanditisten in der Generalversammlung ausgeübt.

Die Beschlüsse der Generalversammlung werden durch den Aufsichtsrat ausgeführt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrage ein anderes bestimmt ist.

Einleitung. **Der Artikel bestimmt, in welcher Weise die Kommanditisten ihre Rechte gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern auszuüben haben.** Es geschieht dies in der Weise, daß die Aktionärversammlung beschließt (Abs. 1) und der Aufsichtsrat oder ein anderes hiezu bestelltes Organ den Beschluß ausführt (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Rechte der Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern werden durch Beschlußfassung der Kommanditistenversammlung ausgeübt.**

a) Welche Rechte gemeint sind, zählt der Artikel besonders auf. Was dabei insbesondere die Rechte auf die Geschäftsführung betrifft, so ist hervorzuheben, daß sowohl aus dem sonstigen Zusammenhange des Gesetzes (vergl. § 3 zu Art. 173), als aus der Bezugnahme dieses Absatzes auf „die Bestimmungen des vorigen Abschnittes" folgt, daß die Kommanditisten hier die gleichen Rechte auf Teilnahme an

[1]) Ein Beispiel einer Bilanz einer Aktienkommanditgesellschaft siehe bei Reisch und Kreibig a. a. O.

Digitized by Google

der Geschäftsführung haben, wie bei der Kommanditgesellschaft, also im wesentlichen das Recht des Widerspruches bei ungewöhnlichen Geschäften (vergl. §§ 4, 5, 7 zu Art. 158). Das Recht auf Einsicht und Prüfung der Bilanz insbesondere anlangend, so steht den Kommanditisten nicht bloß das Recht aus Art. 160, sondern auch dasjenige aus Art. 193 zu. Die Gewinnverteilungsrechte richten sich nach dem Statute, eventuell nach Art. 162; Beschlüsse der Generalversammlung, welche dem Statute oder diesem Artikel widersprechen, unterliegen der Anfechtung.

b) Die Rechte werden ausgeübt durch Beschluß der Kommanditisten- § 2.
versammlung, welcher vom Aufsichtsrate ausgeführt wird. Die Rechte stehen also nicht jedem Kommanditisten einzeln, sondern der organisierten Kommanditistengesamtheit zu.

2. (Abs. 2.) **Die Beschlüsse werden ausgeführt durch den Aufsichtsrat.** Im § 3.
§ 2 zu Art. 224 ist dargelegt, daß die Generalversammlung ihren Einfluß auf die Geschäftsführung ihrer Natur nach nur durch eine beschließende Tätigkeit ausüben kann. Ihre Beschlüsse werden ausgeführt durch besondere Organe, hier durch den Aufsichtsrat. Da aber nach dem vorliegenden Artikel auch andere Organe hiezu bestellt sein können, so ist ein Verwaltungsrat bei der Aktienkommanditgesellschaft zweifelsohne zulässig. Dies ist die herrschende Ansicht (Ring, S. 285; Petersen und Pechmann, S. 215; Esser, Anm. 6; Kayser, Anm. 5; Hergenhahn, Anm. 6; Blaschke-Pitreich, S. 180).

Zusatz 1. über die Form der Generalversammlungsbeschlüsse ist nichts § 4.
bestimmt (vergl. hierüber zu Art. 224).

Zusatz 2. Im vorliegenden Artikel sind übrigens nur die Rechte § 5.
der Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern behandelt; **die Generalversammlung der Kommanditisten hat aber noch sonstige zahlreiche Funktionen**, vergl. Art. 182, 191, 192, 194, 195, 199, 203, 205. Es gilt materiell und formell für alle diese Kommanditistenversammlungen das gleiche, wie es in den §§ 1 und 2 zu Art. 198 dargelegt ist.

Zusatz 3. Die Stellung der Komplementäre gegenüber den General- § 6.
versammlungsbeschlüssen. Der Zustimmung der Komplementäre bedürfen solche Beschlüsse der Generalversammlung, welche Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist (vergl. zu Art. 198). Der Zustimmung bedürfen hienach nicht solche Beschlüsse, welche gemeinsame Angelegenheiten nicht betreffen (z. B. die Wahl oder Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrates, die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten zur Führung von Prozessen der Kommanditistengesamtheit gegen die Komplementäre, die Kündigung der Gesellschaft).

Artikel 187.

Die Generalversammlung der Kommanditisten wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrat berufen, soferne nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind.

Der Artikel stimmt überein mit Art. 236, auf dessen Erläuterung verwiesen wird. Hinzuzufügen ist:

Das Berufungsrecht des Aufsichtsrates steht natürlich nicht jedem einzelnen Mitgliede desselben, sondern dem Aufsichtsrate als geschlossenem Organe

Digitized by Google

zu. Der Aufsichtsrat muß daher die Berufung gültig beschließen und den Beschluß den Aktionären gehörig nach außen kundgeben (vergl. Art. 175, Nr. 7).

Hinsichtlich des Berufungsrechtes der persönlich haftenden Gesellschafter wird gestritten, ob es jedem einzelnen derselben zustehe (so Ring, S. 91; Schultze-Görlitz, S. 188) oder nur allen zusammen (so Esser, S. 49; Hergenhahn, S. 27; Behrend, § 145, Anm. 18) oder den geschäftsführenden Komplementären (so Renaud a. a. O., S. 748; Puchelt-Förtsch, Anm. 2). Wir sind der letzteren Ansicht, der vorliegende Artikel will nur besagen, daß das Recht der Berufung beiden Teilen zusteht, dem Organe der Kommanditisten und dem der Komplementäre. In welcher Zusammensetzung letztere dabei zu fungieren haben, darüber will der Artikel nicht disponieren, insbesondere erhellt nicht, daß er hierüber anders verfügen wollte, als was sonst für die Geschäftsführung gilt.

Artikel 188.

Eine Generalversammlung der Kommanditisten ist außer den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Die Generalversammlung muß auch dann berufen werden, wenn dies von einem Kommanditisten oder einer Anzahl von Kommanditisten, deren Aktien zusammen den zehnten Teil des Gesamtkapitals der Kommanditisten darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt wird. Ist im Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines größeren oder eines geringeren Anteiles am Gesamtkapitale geknüpft, so hat es hiebei sein Bewenden.

Im wesentlichen entspricht die Vorschrift dem Art. 237, daher wird auf die Erläuterung zu Art. 237 verwiesen.

Artikel 189.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekanntgemacht werden. Über Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; hievon ist jedoch der Beschluß über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung ausgenommen.

Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

Der Artikel stimmt im allgemeinen überein mit Art. 238.

Zum Vorsitzenden der Kommanditistenversammlung kann nach Petersen und Pechmann ein Komplementär nicht ernannt werden, weil es sich um Rechte handle, welche gegenüber den Komplementären ausgeübt werden sollen. Allein das beeinflußt nur das Stimmrecht. Die formelle Leitung kann ihm übertragen werden, wenn sich dies auch nicht empfiehlt. Am geeignetsten

Digitized by Google

für diese Leitung ist im allgemeinen der Vorsitzende des Aufsichtsrates oder der Rechtskonsulent der Gesellschaft.

Artikel 190.

Soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt, werden die Beschlüsse der Generalversammlung der Kommanditisten mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt, und jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme.

§ 1. Der Artikel enthält eine Dispositivvorschrift hinsichtlich der Art der Beschlußfassung und des Stimmrechtes der Aktionäre in der Generalversammlung. Daß nur die Kommanditaktionäre in der Generalversammlung stimmberechtigt sind, wird als selbstverständlich vorausgesetzt, ergibt sich übrigens auch aus dem Schlußsatze des Artikels. Die Komplementäre sind vom Stimmrechte grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn sie gleichzeitig Kommanditisten sind (anders nach § 327 d. HGB.); jedoch folgt aus der Natur der Sache, daß sie sich in den Fällen des Stimmrechtes enthalten müssen, wo es sich um die Prüfung ihrer Geschäftsführung, Erteilung der Decharge, Erhebung von Schadenersatzansprüchen gegen sie, Festsetzung ihrer etwa zustehenden Remuneration handelt (Renaud a. a. O., S. 747); denn in allen diesen Fällen dient die Generalversammlung dazu, den Willen des einen Teiles der Gesellschaft, nämlich den der Kommanditisten, gegenüber dem Willen des anderen Teiles, der Komplementäre, zum Ausdrucke zu bringen.

§ 2. **Die Bestimmung, daß zur Beschlußfassung einfache Majorität erforderlich und genügend ist, ist eine reine Dispositivvorschrift**, sie kann durch Statutenbestimmung beliebig geändert werden. Eine gesetzliche Ausnahme von dieser Dispositivvorschrift enthält nur Art. 180 (vergl. dortselbst). Eine scheinbare Ausnahme findet statt, wenn im Statute für die Beschlußfassung über gewisse Gegenstände eine besonders qualifizierte Majorität vorgeschrieben ist; in diesem Falle muß der im Statute zum Ausdrucke gebrachte Parteiwille dahin ausgelegt werden, daß auch dieselbe qualifizierte Majorität für die Aufhebung der betreffenden statutarischen Bestimmung notwendig ist, denn andernfalls wäre letztere gegenstandslos.

§ 3. Der **Schlußsatz** des Artikels deckt sich mit Art. 224, Abs. 2. Auf dessen Erläuterung ist daher zu verweisen, insbesondere hinsichtlich der Fragen über das Stimmrecht der Inhaber von Aktienanteilen, die Ausübung des Stimmrechtes durch Stellvertreter, wann sich der einzelne Aktionär der Ausübung des Stimmrechtes zu enthalten hat usw.

Artikel 191.

Der Aufsichtsrat kann das erstemal nicht auf länger als ein Jahr, später nicht auf länger als fünf Jahre gewählt werden.

Insoweit die Wahl auf einen längeren Zeitraum geschieht, ist dieselbe ohne rechtliche Wirkung.

Einleitung. Anders als bei der Aktiengesellschaft verlangt bei der Aktienkommanditgesellschaft das Gesetz einen Aufsichtsrat, allerdings nicht in der Form, daß das Gesetz direkt die Bestellung eines Aufsichtsrates vorschreibt, sondern in der Weise, daß es die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung zum notwendigen Inhalte des Statutes (Art. 175, Z. 6) und den Nachweis der Befolgung dieser Bestimmung des Statutes zu einer Bedingung macht, von deren Erfüllung die Eintragung und damit die Existenz der Gesellschaft abhängt.

Digitized by Google

§ 1. **Die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrates muß mindestens fünf betragen.** Diese fünf Mitglieder müssen auf die im Gesetze vorgeschriebene Weise bestellt sein. Nach dem Statute kann der Aufsichtsrat aus mehr als fünf Mitgliedern bestehen, die aber ebenfalls auf die im Gesetze vorgeschriebene Weise bestellt werden müssen.

§ 2. **Fähig zum Amte des Aufsichtsrates ist nur ein Kommanditist,** wenn er auch bloß eine Aktie hat. Das Statut kann allerdings, wie es überhaupt besondere Voraussetzungen für die Fähigkeit zu diesem Amte aufstellen kann, dieselbe von dem Besitze einer gewissen Anzahl von Aktien abhängig machen. Der Besitz der vom Gesetze geforderten Aktie oder der vom Statute geforderte Besitz mehrerer Aktien muß aber nicht schon zur Zeit der Wahl, sondern erst zur Zeit des Amtsantrittes vorhanden sein (ROHG. 7, S. 343). Da bei der vor Errichtung der Gesellschaft notwendigen Wahl des ersten Aufsichtsrates gültige Aktien überhaupt nicht ausgegeben werden können (Art. 178), so erfolgt die Wahl der Mitglieder des ersten Aufsichtsrates stets unter dem Vorbehalte, daß die Gewählten zur Zeit ihres Amtsantrittes die erforderlichen Aktienrechte erworben haben. Ist zur Zeit des Amtsantrittes der erforderliche Aktienbesitz vorhanden, so bewirkt der nachträgliche Verlust desselben nicht, daß die Eigenschaft eines Mitgliedes des Aufsichtsrates von Rechts wegen erlischt; es ist Sache der Statuten, für diesen Fall Bestimmungen zu treffen (Keyßner, Die Aktiengesellschaften, S. 176). Aus der Natur der Sache ergibt sich die Unfähigkeit der Komplementäre, auch wenn sie als Kommanditisten am Aktienkapitale beteiligt sind, in den Aufsichtsrat gewählt zu werden (Renaud a. a. O., S. 754).

§ 3. **Die Bestellung des Aufsichtsrates erfolgt durch Wahl in der Generalversammlung,** und zwar nach Errichtung der Gesellschaft in einer Generalversammlung der Kommanditisten, vor Errichtung der Gesellschaft in einer Generalversammlung der Aktienzeichner (Renaud a. a. O., S. 755). Besteht der Aufsichtsrat aus mehr als fünf Mitgliedern, so muß auch die Bestellung der die gesetzliche Zahl übersteigenden Mitglieder durch Wahl in der Generalversammlung erfolgen (Ring, Anm. 4 zu Art. 191; Behrend, § 127, Anm. 21; vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 213 ff.; dagegen Renaud a. a. O., S. 756). Auch die Bestellung des Aufsichtsrates im Wege der Kooptation, unter Vorbehalt der Genehmigung der Generalversammlung, ist unzulässig. Eine Pflicht zur Annahme der Wahl besteht nicht. Auch die interimistische Bestellung, Ersetzung einer erledigten Stelle des Aufsichtsrates durch Kooptation bis zur nächsten Generalversammlung ist unzulässig (Keyßner, a. a. O., S. 173; dagegen ROHG. 14, S. 311, und Renaud a. a. O.). Bis zur Abhaltung der nächsten Generalversammlung besteht eben der Aufsichtsrat aus einer geringeren Anzahl von Mitgliedern, als das Gesetz verlangt; diese Folge ist unvermeidlich.[1]) Ist für die Wahl des Aufsichtsrates im Statute keine besondere Qualifikation vorgeschrieben, so erfolgt diese Wahl nach der allgemeinen Regel des Art. 190 mit einfacher Majorität.

§ 4. **Amtsdauer.** In dieser Beziehung unterscheidet das Gesetz den ersten und jeden folgenden Aufsichtsrat.

---

[1]) Eine Lücke besteht hier im Gesetze insofern, als nach errichteter Gesellschaft der Registerrichter kein Zwangsmittel besitzt, die Gesellschaft zur Wahl eines neuen Mitgliedes des Aufsichtsrates zu verhalten, wenn die Mitglieder unter die gesetzliche Mindestzahl gesunken sind (Anschütz-Völderndorff II., S. 435). Ob der staatlichen Verwaltungsbehörde auf Grund ihres Aufsichtsrechtes in dieser Richtung eine Ingerenz zusteht, darüber vergl. § 18 zu Art. 208.

Digitized by Google

a) Der erste Aufsichtsrat hat die Vermutung gegen sich, daß er unter dem Einflusse der Gründer steht, und soll daher nur auf kurze Zeit gewählt werden.[2]) Die Bestimmung ist zwingendes Recht, so daß auch das Statut daran nichts ändern kann und eine im Widerspruche hiemit stehende Wahl ungültig ist, bei einer längeren Amtsdauer jedoch nur für die überschießende Zeit (vergl. Abs. 3). Die hier getroffene Sonderbestimmung schließt nicht aus, daß der erste Aufsichtsrat durch nachträgliche Wahlen verstärkt wird. Der so verstärkte Aufsichtsrat ist aber immer noch der erste Aufsichtsrat, von dem die Bestimmung dieses Absatzes in vollem Umfange gilt (RG. 24, S. 55 ff.). Das gleiche gilt, wenn der zuerst gewählte Aufsichtsrat während seiner Amtsdauer sein Amt niederlegt oder abberufen wird und an seine Stelle ganz oder zum Teil ein anderer tritt.

b) Amtsdauer jedes folgenden Aufsichtsrates. Jeder folgende Aufsichtsrat darf auf höchstens fünf Jahre gewählt werden. Eine Wahl auf eine kürzere Zeit als auf ein Jahr ist nicht üblich, aber auch nicht unzulässig. § 5.

Auch jeder folgende Aufsichtsrat kann während seiner Amtsdauer verstärkt werden, auch über die statutarische Höchstzahl hinaus, wenn gleichzeitig die Statuten entsprechend geändert werden. Ein solcher Beschluß muß dahin lauten, daß die Wahl erfolgt für den Fall der Genehmigung und der Eintragung der Statutenänderung. Geschieht letzteres, so wird damit die Wahl gültig. Aber bis dahin gilt sie als noch nicht erfolgt und die so gewählten Aufsichtsräte dürfen bis dahin nicht funktionieren. Tun sie es dennoch, so sind ihre Handlungen ungültig (RG. 24, S. 54 ff.).

Die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates auf einen längeren Zeitraum, als den gesetzlich gestatteten, ist nicht ungültig, sondern nur hinsichtlich des Zeitraumes, der über den gesetzlichen hinausgeht, unwirksam. Das wollen die Worte „insoweit" in Abs. 2 ausdrücken. § 6.

Artikel 192.

Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrates darf eine Vergütung für die Ausübung ihres Berufes nur durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einzuholenden Beschluß der Generalversammlung der Kommanditisten bewilligt werden.

Ist die Vergütung früher, oder in einer anderen als der vorstehenden Weise bewilligt, so ist diese Festsetzung ohne rechtliche Wirkung.

Der Artikel verbietet das vorherige Ausbedingen einer Belohnung für den ersten Aufsichtsrat. Ex post kann eine Belohnung für den ersten Aufsichtsrat durch die Generalversammlung bewilligt werden, für jeden zukünftigen Aufsichtsrat im Gesellschaftsvertrage oder im voraus durch Beschluß einer Generalversammlung (Blaschke-Pitreich, S. 182). Vor Ablauf des ersten Geschäftsjahres kann dem ersten Aufsichtsrate keine Vergütung zugesprochen werden, auch wenn dessen Funktionsperiode schon vor Ablauf des ersten Geschäftsjahres erloschen war (vergl. §§ 5 und 6 zu Art. 191). Eine im Widerspruche mit

[2]) Andrerseits sollte der Zeitraum auch nicht so kurz bemessen werden, daß gerade das bewirkt wird, was das Gesetz verhindern will, nämlich, daß der zweite Aufsichtsrat auch unter dem Einflusse der Gründer steht. Das Gesetz setzt aber keine Minimalfrist für die Funktionsdauer fest (anders § 243 d. HGB.; vergl. auch schon Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 216).

Digitized by Google

dieser Vorschrift dem ersten Aufsichtsrate bewilligte Vergütung ist ungültig und kann zurückgefordert werden (Abs. 2). Die Vorschrift bezweckt, daß der erste, präsumtiv unter dem Einflusse der Gründer stehende Aufsichtsrat nicht im Hinblicke auf die ihm gewährten Belohnungen gegen seine Überzeugung zu Gunsten der Gründer seine Stimme in den Aufsichtsratssitzungen abgibt.

Artikel 193.

Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen ihrer Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Die Vorschrift entspricht dem Art. 225 fast wörtlich. Vergl. daher die Erläuterung zu demselben. Zu bemerken ist nur:

§ 1. 1. Der allgemeine Charakter des Aufsichtsrates ist dahin zu präzisieren, daß der Aufsichtsrat das Kontrollorgan der Gesellschaft und das Exekutivorgan der Generalversammlung ist (Art. 186 und 193), in einzelnen Beziehungen auch gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft.

§ 2. 2. In Art. 225 findet sich der Zusatz, daß der Aufsichtsrat eine Generalversammlung zu berufen hat, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Für die Aktienkommanditgesellschaft ist diese Bestimmung zwar nicht hier, wohl aber in Art. 187 gegeben.[1])

Artikel 194.

Der Aufsichtsrat ist ermächtigt, gegen die persönlich haftenden Gesellschafter die Prozesse zu führen, welche die Generalversammlung beschließt.

Jeder Kommanditist ist befugt, als Intervenient in den Prozeß auf seine Kosten einzutreten.

Handelt es sich um die eigene Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates, so kann letzterer ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter klagen.

Die Vorschrift ist durch Art. 226 auf die Aktiengesellschaften für anwendbar erklärt. Vergl. Erläuterung zu Art. 226. Bei Klagen nach Abs. 1 ist die Kommanditistengesamtheit (nicht die Gesellschaft) Prozeßpartei, die einen mit Parteifähigkeit ausgestatteten Personenverein bildet (Skedl, S. 138, Note 4, S. 159, Note 6; Horten, ZPO., Nr. 11[1]); a. M. R. Pollak, Zivilpr., S. 133); für Prozeßkosten haften diejenigen Kommanditisten, die es zur Zeit der den Prozeß beschließenden Generalversammlung waren. Auch für Klagen nach

[1]) Hinsichtlich der weiteren den Aufsichtsrat betreffenden Fragen (Art der Vergütung Widerruf, Amtsniederlegung usw.) siehe Erläuterung zu Art. 225.

[1]) Beide genannten Schriftsteller bringen die Fälle der Art. 194, 195 und 226 unter die Kategorie der nicht zu den juristischen Personen gehörenden parteifähigen Personenvereinigungen. Dies trifft aber nur bezüglich der Art. 194, 195 zu. Im Falle des Art. 226 ist Prozeßpartei eine wirkliche juristische Person, nämlich die Aktiengesellschaft (vergl. Erläuterung zu Art. 226).

Digitized by Google

Abs. 2 ist der Aufsichtsrat nicht selbständige Partei, sondern Repräsentant der Kommanditistengesamtheit (vergl. GlUNF. 2107).

Artikel 195.

Wenn die Kommanditisten selbst in Gesamtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auftreten wollen oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrates einen Prozeß zu führen haben, so werden sie durch Bevollmächtigte vertreten, welche in der Generalversammlung gewählt werden.

Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen.

Jeder Kommanditist ist befugt, als Intervenient in den Prozeß auf seine Kosten einzutreten.

Auch diese Vorschrift ist im Art. 226 für die Aktiengesellschaften entsprechend anwendbar erklärt. Aber sie paßt in die Organisation der Aktiengesellschaft nicht. Hier bei der Aktienkommanditgesellschaft, wo sich die Gesamtheit der Kommanditisten und die Komplementäre als zwei Parteien gegenüberstehen, ist die Rechtserscheinung möglich, daß die Gesamtheit der Kommanditisten gegen die Komplementäre klagend auftritt. Klägerin ist die Kommanditistengesamtheit (Lehmann-Ring I., S. 651; vergl. oben zu Art. 194). Der Fall ist der, daß die Generalversammlung einen Prozeß beschließt, sich aber vom Aufsichtsrate nicht vertreten lassen will.

Artikel 196.

Die Gesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet; sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

Die Bestimmung des Art. 167 in Betreff des Kommanditisten, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schließt, findet bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien keine Anwendung.

Der Artikel ist dem Art. 167 nachgebildet, nur daß in Abs. 3 das Gegenteil angeordnet ist von dem, was in dem korrespondierenden Absatze des Art. 167 bestimmt wird.

1. **Der Schwerpunkt des Artikels liegt in Abs. 1, der die Vertretungsbefugnis der Komplementäre normiert.** Da nach unserer Auffassung die Aktienkommanditgesellschaft juristische Person ist (vergl. § 2 zu Art. 173), so sind die Komplementäre hiemit zu gesetzlichen Vertretern der juristischen Person bestellt, wie der Vorstand gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft ist. Gleichwohl ergibt sich aus anderweit entwickelten Gründen alles Nähere für den Umfang dieser gesetzlichen Vertretungsbefugnis aus der Analogie dessen, was für die Komplementäre der einfachen Kommanditgesellschaft gilt (vergl. § 3 zu Art. 173). Wie dort, sind daher auch hier die für die offene Handelsgesellschaft in Art. 114 bis 118 gegebenen Bestimmungen § 1.

Digitized by Google

anwendbar, soweit nicht die Sondervorschriften über die Aktienkommanditgesellschaft Änderungen treffen. Insbesondere sind auch die persönlich haftenden Gesellschafter zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen macht; auch bei ihnen können einzelne, nicht aber alle von der Vertretung gänzlich ausgeschlossen oder alle zusammen als Kollektivvertreter bestellt werden; auch ihre Vertretung ist Dritten gegenüber uneinschränkbar; auch ihre Vertretungsmacht erstreckt sich insbesondere auf die Vertretung vor Gericht und auf die Ernennung von Prokuristen, die auch hier zulässig ist (ROHG. 7, S. 415).

Weiters vergl. in §§ 1 bis 5 zu Art. 167.

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Behändigungen.** Hierüber vergl. § 6 zu Art. 167, Art. IV, Z. 1, EinfG. zur ZPO., Skedl, S. 160, Note 10.

§ 3. 3. (Abs. 3.) **Ausschluß der Haftbarkeit des für die Gesellschaft kontrahierenden Kommanditisten.** Hier tritt die Persönlichkeit des Einzelkommanditisten hinter der Gesamtheit der Kommanditisten zurück, selbst wenn man die Aktienkommanditgesellschaft als Sozietät auffaßt. Es gelten daher über die Haftbarkeit des Kommanditisten die allgemeinen Grundsätze.

§ 4. **Zusatz.** Der Artikel handelt nur von der gesetzlichen Vertretung nach außen. Die Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre ist bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht besonders geregelt. Es finden daher, soweit hier nicht abweichende Sondervorschriften gegeben sind, die Geschäftsführungsvorschriften der einfachen Kommanditgesellschaft Anwendung (§ 3 zu Art. 173), also die Vorschriften des Art. 158. Danach wird die Geschäftsführung durch die persönlich haftenden Gesellschafter besorgt. Es können jedoch einzelne von ihnen von der Geschäftsführung ausgeschlossen oder alle beschränkt werden durch die erforderliche Zustimmung der Kommanditistengesamtheit oder des Aufsichtsrates. So sind z. B. die Komplementäre der Aktienkommanditgesellschaft Aquarium in Berlin dahin beschränkt, daß sie nur mit Genehmigung des Aufsichtsrates Beamte mit einem Gehalte über 1500 Mark anstellen, Tiere zum Preise von über 500 Mark anschaffen, Grundstücke veräußern und erwerben können. Nach außen sind solche Beschränkungen einflußlos.

Sondervorschriften für die Aktienkommanditgesellschaft sind insofern gegeben, als schon von Gesetzes wegen zu einzelnen Geschäftsführungsakten die Zustimmung der Kommanditisten gehört und daß die Kommanditisten ihre Mitwirkung bei der Geschäftsführung überhaupt nur durch Majoritätsbeschluß betätigen können.

Artikel 197.

Die Einlagen können den Kommanditisten, solange die Gesellschaft besteht, nicht zurückgezahlt werden.

Zinsen von bestimmter Höhe können für die Kommanditisten nicht bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie verteilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz, und wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Überschuß ergibt.

Die Kommanditisten haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn und insoweit sie diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben; sie sind jedoch nicht verpflichtet, die in gutem Glauben bezogenen Dividenden zurückzuzahlen.

Digitized by Google

Einleitung.

Der Artikel schließt die Rückzahlung von Einlagen an die Kommanditisten aus (Abs. 1), **verbietet die Ausbedingung fester Zinsen an sie** (Abs. 2) **und setzt als Folge rechtswidriger Zahlungen die Haftung des Kommanditisten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft fest** (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Rückzahlung von Einlagen ist verboten**, jedoch nicht ausnahmslos. Vergl. Art. 203. Werden Einlagen außerhalb dieser Ausnahmevorschrift an die Kommanditisten zurückgezahlt, so greift Art. 3 Platz, außerdem haften die Organe der Gesellschaft nach Art. 204.

Die Einlagen können auch nach der Auflösung der Gesellschaft nicht zurückgefordert werden, sondern nur die Liquidationsquoten.

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Verbot der Ausbedingung fester Zinsen.** Die Vorschrift entspricht dem ersten Absatze des Art. 217. Vergl. die Erläuterung dazu. Die Bestimmung des zweiten Absatzes des Art. 217 ist hier nicht wiederholt, Bauzinsen sind daher hier ausgeschlossen.

§ 3. 3. (Abs. 3.) **Als Folge rechtswidriger Zahlung ist im vorliegenden Artikel die Haftung des Kommanditisten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft statuiert.** Ausnahmsweise ist hier der Gläubiger in ein direktes Verhältnis zum Kommanditisten gebracht (vergl. § 3 zu Art. 173).

Der Grund der Klage ist die Rechtswidrigkeit der Zahlungsempfangnahme. Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ist nicht vorausgesetzt; auch nicht, daß der Empfänger noch im Besitze des Empfangenen ist.

Beklagter ist der die Zahlung in Empfang nehmende Kommanditist, bezw. sein Universalsukzessor. Die Schuld geht nicht etwa auf den Aktienerwerber über.

Außer den Gläubigern kann nach Bewandtnis der Umstände auch die Gesellschaft das Gezahlte zurückfordern. Natürlich braucht der Kommanditist nur einmal zu zahlen.

Als Einrede kann der Beklagte seinen guten Glauben vorschützen, jedoch nur bei Dividendenzahlungen, nicht auch bei Empfang von Einlagen und Zinsen. Der Schlußsatz, in welchem dies angeordnet ist, entspricht der Vorschrift des Art. 218, auf dessen Erläuterung hiemit verwiesen wird.

Inhaber von Dividendenscheinen als solche sind der Bestimmung des vorliegenden Artikels nicht unterworfen.

§ 4. **Zusatz.** Der Artikel beschäftigt sich nur mit den Bezügen der Kommanditisten. Auf den Komplementär (sc. hinsichtlich seiner Einlagen außerhalb des Kommanditistenkapitals) greifen bezüglich der Zinsen und Gewinne die für den Komplementär der einfachen Kommanditgesellschaft gegebenen Vorschriften Platz, soweit sich nicht aus den Sondervorschriften der Aktienkommanditgesellschaft Abweichungen ergeben.

Hienach nimmt der Komplementär am Gewinne teil nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages, eventuell entscheidet richterliches Ermessen (Art. 162). Von seinem Aktivsaldo sind ihm jährlich 4 Prozent Zinsen gutzuschreiben, welche den Gewinn vermindern und den Verlust vermehren (Art. 161, 106).

§ 5. Zinsen und Gewinne kann der Komplementär auch entnehmen, letztere, soweit es nicht zum offenbaren Nachteile für die Gesellschaft gereicht (Art. 150, Abs. 2; 108). Hienach ist der beim Abschlusse des Geschäftsjahres konstatierte Erwerb der Gesellschaft nur insofern Gewinn, als er zur Deckung der den Komplementären gutzuschreibenden Zinsen reicht; reicht der Erwerb zur Deckung dieser Zinsen nicht aus, so ist ein Verlust vorhanden (Renaud a. a. O.,

Digitized by Google

S. 763). Über die Frage, ob das Aktienkapitalkonto der Kommanditisten, wenn es durch frühere Verluste bereits erschöpft ist, noch weiter mit den den Komplementären gutzuschreibenden Zinsen zu belasten ist, vergl. die Bemerkungen bei § 7 zu Art. 161.[1])

Artikel 198.

Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bedarf zu ihrer Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Abfassung sowie der staatlichen Genehmigung.

Der abändernde Vertrag und die Genehmigungsurkunde müssen in gleicher Weise wie der ursprüngliche Vertrag in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden (Art. 176, 179).

Der abändernde Vertrag hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist.

Der Artikel deckt sich im wesentlichen mit dem für Aktiengesellschaften geltenden Art. 214, auf die Erläuterung dortselbst ist daher zu verweisen und hier nur zusätzlich zu bemerken:

§ 1. 1. **Im Gegensatze zu Art. 214 ist hier neben dem Beschlusse auf Abänderung des Gesellschaftsvertrages der Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statute festgesetzte Zeit (Art. 175, Z. 4) nicht erwähnt.** Eine sachliche Abweichung ist hiedurch nicht geschaffen, da die Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages über die im ursprünglichen Statute festgesetzte Zeit, auch wenn eine solche Fortsetzung im Statute bereits vorgesehen ist, stets eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages beinhaltet (vergl. § 1 zu Art. 214).

§ 2. 2. **Jede inhaltliche Änderung des Gesellschaftsvertrages setzt eine Vereinbarung zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern und den Kommanditisten voraus.** Die Kommanditisten erteilen ihre Zustimmung zur Änderung in der Generalversammlung. Dies ist zwar bestritten. Renaud (a. a. O., S. 697) verlangt Zustimmung sämtlicher Kommanditisten, während Anschütz-Völderndorff (II., S. 456), Puchelt (S. 385, Anm. 5), Blaschke-Pitreich einen Generalversammlungsbeschluß für genügend erachten. Wir schließen uns letzterer Ansicht, die bereits in Art. 180 g der Aktiennovelle vom Jahre 1884 gesetzlichen Ausdruck gefunden hat (vergl. auch Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 304), an; denn die Generalversammlung ist das Organ, durch welches der Wille der Kommanditistengesamtheit zum Ausdrucke gebracht wird; wir sehen diesen Rechtsgrundsatz in Art. 186 ausgedrückt und können daher Renauds Ausführung, der für seine Ansicht das arg. a contr. aus Art. 186 anführt, nicht beipflichten. Beschlüsse auf Statutenänderung faßt die Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit (vergl. Erläuterung zu Art. 190), wenn nicht im Statute für alle oder gewisse Statutenänderungen eine besonders qualifizierte Mehrheit oder gar die Zustimmung sämtlicher Kommanditisten vorgesehen ist. Daraus, daß eine dem Art. 215 entsprechende Bestimmung nicht besteht, ergibt sich, daß hier diejenige Statutenänderung, welche die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens betrifft, keine besonderen, sondern die allgemeinen Voraussetzungen jeder Statutenänderung hat (Ring,

[1]) Nach § 329 d. HGB. darf das Aktienkapital durch die Gewinnanteile der Komplementäre nicht unter seine bilanzmäßige Höhe gebracht werden.

Digitized by Google

Anm. 1 zu Art. 180 g, dagegen Anschütz-Völderndorff II., S. 457). Auch kann beim Schweigen des Gesetzes eine Bestimmung des Statutes, nach welcher die zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages notwendige Zustimmung der Kommanditisten statt durch die Generalversammlung auch durch den Aufsichtsrat erfolgen kann, nicht für unzulässig erachtet werden (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 304).

3. **Die Bestimmung, welche eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages enthält, bedarf der notariellen oder gerichtlichen Abfassung.** Unter „Abfassung" ist nichts anderes gemeint, als unter „Beurkundung" in Art. 214 (vergl. Ring, Anm. 1 zu Art. 180 f; Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaften, S. 319 ff.). Die qualifizierte Beurkundung muß sich auf die Willenserklärung der persönlich haftenden Gesellschafter und die der Kommanditisten beziehen. Es ist daher nicht genügend, wenn, wie bei Errichtung der Gesellschaft, lediglich der von den Komplementären verfaßte Entwurf zur Abänderung des Statutes notariell oder gerichtlich beurkundet wird und die Generalversammlung ohne qualifizierte Beurkundung ihres bezüglichen Beschlusses die Zustimmung erteilt, auch nicht, wenn auf Grund dieses Beschlusses die Generalversammlung unter notarieller oder gerichtlicher Beurkundung ihre Zustimmung zu der bereits auf diese Weise beurkundeten Willenserklärung der Komplementäre erteilt.[1]) Nach unserer Ansicht genügt aber auch die abgesonderte Beurkundung der Willenserklärung der Komplementäre einerseits und der der Kommanditisten (nämlich des Beschlusses der Generalversammlung) andrerseits nicht, sondern wir halten es für notwendig, daß sich die notarielle oder gerichtliche Beurkundung (Abfassung) auf die Vereinbarung beziehe, welche zwischen Komplementären und Kommanditisten über die Abänderung des Statutes getroffen werden muß. Es ist daher eine Verhandlung aufzunehmen, in welcher die zu einer Generalversammlung berufene Kommanditistengesamtheit den Beschluß faßt und die Komplementäre ihre Zustimmung erteilen (vergl. Ring a. a. O.). Man darf dem von uns gewonnenen Ergebnisse nicht den Vorwurf machen, daß es unpraktikabel sei, insbesondere in dem Falle, wo einzelne Komplementäre abwesend sind; denn in diesem Falle steht nichts entgegen, daß der abwesende Komplementär dem anwesenden eine beglaubigte Vollmacht erteilt, damit dieser die Zustimmungserklärung protokollarisch abgebe. § 3.

4. **Die Anmeldung zur Eintragung** erfolgt durch sämtliche Komplementäre. Dies folgt daraus, daß der vorliegende Artikel den Art. 179 und dieser wieder den Art. 152 zitiert (vergl. § 3 zu Art. 214). Anders Ring (Anm. 2 zu Art. 180 f), der sämtlichen geschäftsführenden Gesellschaftern die Anmeldungspflicht auferlegt. § 4.

Artikel 199.

Das Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters infolge gegenseitiger Übereinkunft (Art. 123, Ziffer 4) ist während des Bestehens der Gesellschaft unstatthaft.

---

[1]) Diese in der ersten Auflage unseres Werkes vertretene Ansicht, die auf den Gedanken gestützt wurde, daß die Generalversammlung nur beschließen könne, aber als Kollegium unfähig sei, Erklärungen abzugeben und Vereinbarungen zu treffen, kann nicht aufrechterhalten werden.

Digitized by Google

Eine solche Übereinkunft steht der Auflösung der Gesellschaft gleich; zu derselben bedarf es der Zustimmung einer Generalversammlung der Kommanditisten.

Einleitung. **Der Artikel behandelt die Rechtsfolgen einer Übereinkunft über das Austreten eines Komplementärs.** Der Inhalt dieses Artikels besteht darin, daß für den Fall des Ausscheidens eines persönlich haftenden Gesellschafters die Anwendung des Art. 127 HGB. auf Aktienkommanditgesellschaften ausgeschlossen wird. Die Zitierung des Art. 123, Z. 4 HGB., in diesem Artikel stellt sich als eine Ungenauigkeit in der Redaktion dar; denn nach Art. 123, Z. 4, wird bei Austritt eines Gesellschafters infolge gegenseitiger Übereinkunft auch die offene Handelsgesellschaft aufgelöst (Blaschke-Pitreich, S. 187).

§ 1. (Abs. 1.) **Die Übereinkunft über das Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters hat die beabsichtigte Wirkung nicht.** Man gelangte zu diesem Satze nach längeren Beratungen aus Utilitätsgründen, um einer Benachteiligung des Publikums und der Kommanditisten vorzubeugen (Hahn, § 2 zu Art. 199). Die Vereinbarung entbehrt nicht nur dann der beabsichtigten Wirkung, wenn sie von den Komplementären getroffen wurde, sondern auch wenn die Generalversammlung der Kommanditisten hiezu ihre Zustimmung erteilt hat (ROHG. 7, S. 342). In den übrigen Fällen, in welchen ein Komplementär anders als durch freiwilligen Austritt, also durch Tod, Wahnsinnigkeitserklärung, Konkurseröffnung aus der Gesellschaft ausscheidet (vergl. zu Art. 127), ist eine Vereinbarung auf Fortsetzung der Gesellschaft im Sinne des Art. 127 nicht ausgeschlossen (Anschütz-Völderndorff II., S. 460).

§ 2. (Abs. 2.) **Die im ersten Absatze als unstatthaft erklärte Vereinbarung entbehrt nicht jeder Wirksamkeit,** sondern hat statt der beabsichtigten Wirkung die Wirkung der Auflösung der Gesellschaft. So aber gibt der Absatz einem unpraktischen Gedanken Ausdruck und wird auf die praktische Anwendung wohl vergebens harren. Denn es wäre eigentümlich, wenn die Organe einer Kommanditgesellschaft auf Aktien angesichts dieses Absatzes auf Grund der Statuten, die die Fortbestandsklausel nicht enthalten (vergl. unten § 3), eine Übereinkunft über das Austreten eines Gesellschafters treffen würden, während ihnen das Gesetz sagt, daß die Wirkung des Austrittes in diesem Falle doch nicht eintritt, sondern die Rechtswirkung der Auflösung. Wollen sie die Auflösung, so steht nichts im Wege, daß sie dieselbe expressis verbis beschließen.[1])

Die Übereinkunft über das Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters ist eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages (vergl. Art. 175, Z. 1), unterliegt daher den Bestimmungen des Art. 198. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit der Zustimmung der Generalversammlung, was im Gesetze nicht hätte besonders angeordnet werden müssen. Es bedarf auch aus dem gleichen Grunde der Beschluß der Eintragung, um rechtswirksam zu sein. Die Anmeldung erfolgt dabei durch die persönlich haftenden Gesellschafter, denn es greift, da eine Statutenänderung vorliegt, Art. 198, Abs. 2, Platz. Dieser allegiert den Art. 179 und dieser den Art. 152, wo dies angeordnet ist. Unrichtigerweise lassen Petersen und Pechmann (S. 274), sowie Willenbücher (Anm. 1) den Art. 129, Abs. 4, Platz greifen, der aber von der Eintragung einer durch andere Tatsachen erfolgten Auflösung handelt, während hier ein Rechtsakt in Rede ist, dessen Eintragung die Auflösung zur Folge hat.

[1]) Das d. HGB. enthält keine ähnliche Bestimmung.

Digitized by Google

Einzutragen ist, wenn die Übereinkunft angemeldet wird, die Auflösung. Denn die Übereinkunft gilt ja der Auflösung gleich (Petersen und Pechmann, S. 273; anders Ring, Anm. 1). Um Kontroversen zu vermeiden, wird es sich empfehlen, einzutragen, daß die Übereinkunft getroffen und damit gemäß Art. 199 die Gesellschaft aufgelöst sei. Allein auch dieser Rat erscheint überflüssig, weil, wie oben § 1 bemerkt, die Vorschrift des Abs. 2 der praktischen Anwendung wohl entbehren wird.

Die Vorschrift dieses Artikels ist eine dispositive; sie findet, da eine Vereinbarung im Sinne des Art. 127 auch in dem im vorliegenden Artikel berührten Falle des Ausscheidens eines persönlich haftenden Gesellschafters zulässig ist, keine Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung enthält, daß die Fortsetzung der Gesellschaft auch bei Ausscheiden eines Komplementärs infolge gegenseitiger Übereinkunft möglich ist. Dies ist zwar in Praxis und Theorie sehr bestritten (vergl. statt aller Renaud a. a. O., S. 789; Anschütz-Völderndorff II., S. 456 ff.). Wir stützen unsere Ansicht, die bereits in der Aktiennovelle vom Jahre 1870 gesetzliche Anerkennung gefunden hat, hauptsächlich darauf, daß anderenfalls ein Widerspruch zwischen Art. 199 und 200, der den Art. 127 auf Aktienkommanditgesellschaften ohne Einschränkung für anwendbar erklärt, vorliegen würde und weil Art. 181 das Verbot der Kapitalanteile der Komplementäre bloß für die Zeit aufstellt, „solange die letzteren in diesem ihrem Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft stehen"; es muß also in dem letzterwähnten Artikel wohl die Möglichkeit des Ausscheidens eines Komplementärs auf andere Weise als durch Tod, Wahnsinnserklärung oder Konkurseröffnung vorausgesetzt sein (vergl. Anschütz-Völderndorff II., S. 460; hingegen Maaßen in Busch Archiv 5, S. 95). § 3.

Die Übereinkunft über das Ausscheiden eines Komplementärs hat daher die beabsichtigte Wirkung, wenn der Gesellschaftsvertrag die Fortbestandsklausel enthält. § 4.

a) Die Fortbestandsklausel kann allgemein oder auf einen bestimmten Fall lauten (vergl. das eben Gesagte). Sie muß im Gesellschaftsvertrage enthalten sein, und nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes kann dies auch das abgeänderte Statut sein. Nur muß sie vor der Übereinkunft in Rechtswirksamkeit getreten sein. In diesem Punkte enthält Art. 199 eine zwingende Rechtsvorschrift.

b) Es muß noch ein Komplementär verbleiben. Sonst löst sich die Gesellschaft auf, auch wenn das Gegenteil statutarisch angeordnet wäre (Johow 11, S. 29; Ring, Anm. 4).

c) Die konkrete Übereinkunft über das Austreten eines Gesellschafters ist auch in diesem Falle eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Das geht auch aus Art. 175, Ziffer 1, hervor. Es gilt daher auch hier das oben § 2 Gesagte (dagegen Hergenhahn, Anm. 3; zust. Ring, Anm. 2).

d) Die Wirkung des Austrittes gegen Dritte tritt selbstverständlich erst mit der Publikation des Austrittes ein, nicht mit der Publikation der Vereinbarung der Gesellschaftsfortbestandsklausel (vergl. Art. 198; Ring, Anm. 5 zu Art. 199; Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 317). Dieses ist ja bloß die generelle Zulassung der Ausscheidung, jenes der konkrete Ausscheidungsbeschluß.

Digitized by Google

Artikel 200.

Wenn ein Kommanditist stirbt, oder in Konkurs verfällt, oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Der Art. 126 findet in Bezug auf die Privatgläubiger eines Kommanditisten keine Anwendung. Im übrigen gelten die Art. 123—128 auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Einleitung. **Der Artikel behandelt die verschiedenen Fälle der Auflösung der Gesellschaft, und zwar in der Weise, daß er hiefür die Art. 123 bis 128 für anwendbar erklärt, jedoch mit einigen Abänderungen.**

Über das Wesen und die Folgen der Auflösung vergl. zunächst die §§ 1 und 2 zu Art. 242; die dortigen Ausführungen gelten hier entsprechend. Insbesondere ist auch hier eine einfache Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft nicht möglich, sondern nur Neugründung (vergl. Petersen und Pechmann, S. 278; Behrend, § 147, Anm. 7; Lehmann-Ring I., S. 654).

Die Anwendung der Art. 123 bis 128 gestaltet sich nun wie folgt:

I. **Art. 123. Danach wird die Gesellschaft aufgelöst:**

§ 1. 1. **Durch die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft.**

a) Zur Stellung des Konkursantrages ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt (§ 197 KO.), letzteres insofern, als auch die in Liquidation befindliche Aktienkommanditgesellschaft noch in Konkurs geraten kann (§ 197, Abs. 1 KO.). Die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat in Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses oder gar ein einzelner Kommanditist sind zur Stellung des Konkursantrages nicht berechtigt, letzterer höchstens insofern, als er Konkursgläubiger ist, z. B. wegen festgestellter Dividende (vergl. hierüber § 4 zu Art. 216).

§ 2. b) Die Folge der Konkurseröffnung ist derjenige Zustand, den das Gesetz Auflösung der Gesellschaft nennt, der aber nicht eine vollständige Auflösung, sondern nur eine Zerstörung der produktiven Seite der Gesellschaft beim Fortbestehen der Organisation derselben ist (vergl. hierüber § 5 zu Art. 242). Daß insbesondere das ganze von den Kommanditisten gezeichnete Grundkapital, zu dessen Hereinbringung in die Masse der Konkursverwalter befugt ist, zum Konkursvermögen gehört, darüber vergl. das Urteil des RG. v. 31. Dez. 1879 in Blums Annalen I., S. 299; vergl. RG. 1, S. 69. Hinzuzufügen ist, daß auch das gesamte Kapital, welches der persönlich haftende Gesellschafter einzubringen sich verpflichtet hatte, zum Konkursvermögen gehört; auch dieses zur Masse zu ziehen, ist Sache des Konkursverwalters.

§ 3. c) Ein Zwangsausgleich ist zulässig (§ 238 KO.). Der Akkordvorschlag muß von den sämtlichen Komplementären ausgehen (§ 238 KO.), dagegen bedarf es nicht der Zustimmung der Generalversammlung, wie Gareis-Fuchsberger (S. 375, Note 104) irrig annehmen.

§ 4. d) Die Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft hat den Konkurs des Komplementärs zur Folge (§ 199 KO.), jedoch nicht umgekehrt.

Digitized by Google

2. **Durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit dessen Erben fortbestehen soll.** § 5.

a) Der Tod eines Kommanditisten hat nach vorliegendem Artikel die Auflösung der Aktienkommanditgesellschaft nicht zur Folge.

b) Im übrigen vergl. die Erläuterung § 5 zu Art. 123. Zu bemerken ist hier nur: § 6.

α) Die Bestimmung, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll, muß dies nicht wörtlich, wohl aber dem Sinne nach unzweideutig anordnen. Es genügt, wenn im Gesellschaftsvertrage die Bestimmung enthalten ist, daß durch den Tod eines Komplementärs die Gesellschaft nicht aufgelöst werden soll.

β) Eine nachträgliche Vereinbarung über den Fortbestand zwischen den Erben einerseits und dem überlebenden Komplementär andrerseits ist auch hier unwirksam (vergl. Ring, Anm. 3; Maaßen in Busch Archiv 5, S. 70). § 7.

γ) Außerdem kann vereinbart werden, daß beim Tode eines Komplementärs die Gesellschaft **ohne** die Erben fortbesteht (Art. 127; vergl. unten § 24). Es muß jedoch noch ein Komplementär übrig bleiben (Johow 11, S. 29). § 8.

3. **Durch den Konkurs oder die sonstige vermögensrechtliche Dispositionsunfähigkeit eines Gesellschafters.** § 9.

a) Der Konkurs oder die sonstige Dispositionsunfähigkeit des Kommanditisten ist auf Grund des vorliegenden Artikels kein Auflösungsgrund der Gesellschaft und hat auch nicht die Anmerkung des Konkurses im Handelsregister zur Folge, da § 204, Abs. 1 KO., nur von der Kommanditgesellschaft spricht und die Konkursordnung in den Bestimmungen, die sich auf Aktienkommanditgesellschaften beziehen, letztere neben den (einfachen) Kommanditgesellschaften besonders erwähnt (vergl. §§ 197, 199 KO.).

b) Im übrigen vergl. § 6 zu Art. 123. § 10.

Über die Frage, ob im Gesellschaftsvertrage vereinbart werden kann, die Gesellschaft solle sich ohne den in Konkurs geratenen Sozius unter den übrigen Sozien fortsetzen, darüber vergl. unten § 24.

4. **Durch gegenseitige Übereinkunft.** § 11.

a) Während bei der Aktiengesellschaft das Gesetz ausdrücklich bestimmt, wie die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen ist, fehlt hier eine solche besondere Bestimmung. Es ist hier nur Bezug genommen auf Art. 123, Nr. 4. Eine Anwendung dieses Artikels auf die Aktienkommanditgesellschaft ergibt, daß die gegenseitige Übereinkunft getroffen werden muß von den Komplementären und der Kommanditistengesamtheit (vergl. Erläuterung zu Art. 198).

b) Die Zustimmung der Generalversammlung erfolgt, da nichts Besonderes vorgeschrieben ist, mit einfacher Majorität; im Statute kann aber eine qualifizierte Majorität vorgeschrieben sein. § 12.

c) Eine Form für diese Übereinkunft ist nicht vorgeschrieben. Art. 198 kann hiefür nicht angewendet werden, weil die Aufhebung des Gesellschaftsvertrages vom Gesetze nicht als „Abänderung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages" aufgefaßt wird (vergl. Petersen und Pechmann, S. 278). Unter Umständen aber involviert die Aufhebung § 13.

Digitized by Google

gleichzeitig eine Statutenänderung. Alsdann ist die gerichtliche oder notarielle Abfassung der Übereinkunft erforderlich (vergl. § 3 zu Art. 242). — Vergl. Ring, Anm. 5.

d) Im übrigen vergl. § 7 zu Art. 123.

§ 14. 5. **Durch Ablauf der Zeit.**

Ist die Gesellschaft nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Art. 175, Z. 4) auf bestimmte Zeit geschlossen, so tritt mit Ablauf der Zeit ihre Auflösung und damit der Liquidationszustand von selbst ein, es sei denn, daß vor Ablauf dieser Zeit die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen wird (vergl. Art. 198). Auflösung und Liquidation sind einzutragen. Stillschweigende Fortsetzung ist bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht möglich (vergl. Art. 198), ebensowenig nach eingetretener Auflösung Fortsetzung der Gesellschaft durch ausdrückliche Vereinbarung. Nur Neubildung ist dann noch möglich (vergl. die Einleitung). Im übrigen vergl. § 8 zu Art. 123. — Vergl. Ring, Anm. 6.

§ 15. 6. **Durch Aufkündigung bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer.**

a) Vergl. zunächst § 9 zu Art. 123.

b) Hinzuzufügen ist, daß die Kündigung von jedem einzelnen Komplementär oder von der Kommanditistengesamtheit ausgehen kann. Die letztere muß von der Generalversammlung beschlossen und vom Aufsichtsrate getätigt werden (zust. Ring, Anm. 7).

c) Über die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Kündigenden vergl. unten § 24.

§ 16. II. **Art. 124. Form und Frist der Kündigung.** Hierüber vergl. die Erläuterung zu Art. 124. Zu bemerken ist dabei, daß die Kündigung der Komplementäre an die Kommanditistengesamtheit dem Aufsichtsrate zu übermitteln ist. Eine Kündigung an die Gesellschaft wird genügen, wenn sie rechtzeitig allen Komplementären und einer beschlußfähigen Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern zur offiziellen Kenntnis gelangt.

§ 17. III. **Art. 125. Auflösung der Gesellschaft auf Verlangen eines Teiles aus wichtigen Gründen.** Vergl. zunächst die Erläuterung zu Art. 125.

Zu bemerken ist hier:

1. Zu § 1 daselbst: Das Erfordernis der Wichtigkeit der Gründe ist begrifflich dasselbe. Nur wird es sich in der konkreten Anwendung mit Rücksicht auf das Wesen und die Organisation der Aktienkommanditgesellschaft wesentlich modifizieren. So ist z. B. unter den Gesellschaftern in Ziffer 2 und 5 des Art. 125 nur der Komplementär zu verstehen und auch die Ziffer 4 wird nur angewendet werden können, wenn ein Komplementär sich die betreffende Handlung zu Schulden kommen läßt (vergl. Esser, Anm. 4).

§ 18. 2. Zu § 2. Das Verlangen auf Auflösung wird geltend gemacht durch einen Komplementär oder die Kommanditistengesamtheit. Diese wird dabei durch den Aufsichtsrat vertreten, der den Beschluß der Generalversammlung auszuführen, das heißt das von dieser beschlossene Auflösungsverlangen geltend zu machen hat (Art. 186).

§ 19. 3. Zu § 3. Die Erhebung der Klage durch die Kommanditistengesamtheit steht dem Aufsichtsrate zu; dieser vertritt die Kommanditistengesamtheit, nicht die Gesellschaft (Art. 186). Der Einwand Petersens und Pechmanns (S. 280), daß die Kommanditistengesamtheit kein geeignetes

Digitized by Google

Prozeßsubjekt ist, ist hinfällig, da dieselbe ja auch ein geeignetes Vertragssubjekt innerhalb der Gesellschaft ist (vergl. § 2 zu Art. 198, Art. 200 in Verbindung mit 123, Nr. 4; übereinstimmend im Ergebnis Behrend, § 147, Anm. 3; Renaud, § 66, S. 456). Der Aufsichtsrat wird hienach die Klage erst anstellen, wenn die Generalversammlung ihn wegen der Kosten sichergestellt hat; auf seine Kosten sie anzustellen, kann man ihm nicht zumuten. Als Partei figurieren: „die Kommanditisten der Aktienkommanditgesellschaft X. X., vertreten durch den Aufsichtsrat".

Die Annahme, daß das Urteil konstitutive Bedeutung hat, ist hier mindestens ebenso gebieterisch, wie bei der offenen Handelsgesellschaft.

IV. **Art. 126. Recht des Privatgläubigers eines Gesellschafters auf Exekution in das Gesellschaftsguthaben.** § 20.

1. Vergl. zunächst die Erläuterung zu Art. 126.
2. Die Kündigung des Privatgläubigers muß den Gesellschaftern zugehen (vergl. § 2 zu Art. 126), hier den Komplementären und dem Aufsichtsrate als dem Vertreter der Kommanditistengesamtheit.
3. Das Recht ist den Gläubigern des Kommanditisten versagt. Vergl. Art. 200. § 21.
4. Die Konsequenz des in Art. 181 ausgesprochenen Veräußerungsverbotes würde dazu führen, daß die nach Art. 181 unveräußerlichen vermögensrechtlichen Ansprüche der Komplementäre gegen die Gesellschaft auch der Exekution zu Gunsten der Privatgläubiger der Komplementäre entzogen sind, und daraus würde sich von selbst die Unanwendbarkeit des Art. 126 ergeben. Das Gesetz hat jedoch selbst diese Konsequenz durchbrochen, indem ein zwingendes arg. a contr. die Anwendbarkeit des Art. 126 auf Komplementäre ergibt. Gegen Kollusionen behufs Umgehung des Art. 181 zwischen Komplementären und deren Privatgläubigern kann das Anfechtungsgesetz Schutz gewähren. § 22.
5. Die Abwendung der Auflösung kann erfolgen gemäß Art. 132 durch Ausschließung des Komplementärs, die analoge Anwendbarkeit dieses Artikels auf die Aktienkommanditgesellschaft kann nicht bezweifelt werden (vergl. Art. 172; § 3 zu Art. 173; Esser, Art. 200, Anm. 5) und wird von Ring (Anm. 10) mit Unrecht bestritten. Sein Bedenken, es werde durch die Ausschließung nach Art. 132 doch die Auflösung nach sich gezogen, trifft nicht zu, da nach Art. 132 jene Ausschließung gerade „statt der Auflösung" eintritt. Hienach ist die Erläuterung des Art. 132 auch hier maßgebend. Insbesondere setzt die Anwendung des Artikels das Verbleiben mindestens eines Komplementärs voraus. § 23.

V. **Art. 127. Fortsetzung der Gesellschaft beim Ausscheiden eines Sozius ohne diesen.** Die Anwendung des Art. 127 auf die Aktienkommanditgesellschaften ergibt, daß durch Gesellschaftsvertrag vereinbart werden kann, daß durch das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters die Aktienkommanditgesellschaft sich nicht auflöst, sondern sich unter den übrigen Gesellschaftern fortsetzen soll, wenn mindestens ein Komplementär übrig bleibt. § 24.

Der Artikel bezieht sich auf alle Fälle des Ausscheidens (vergl. § 2 zu Art. 127), jedoch ist er hier nur auf diejenigen Fälle des Ausscheidens uneingeschränkt für anwendbar erklärt, die auf andere Weise erfolgen als durch Austritt infolge gegenseitiger Übereinkunft; letzterer Fall ist in

Digitized by Google

Art. 199 geregelt (vergl. § 3 zu Art. 199). Auch im übrigen vergl. die Erläuterung zu Art. 127. Selbstverständlich muß überall wenigstens ein Komplementär übrig bleiben. Sonst ist die Auflösung die unvermeidliche Rechtsfolge, auch wenn das Statut das Gegenteil bestimmen sollte (Kammergericht bei Johow 11, S. 29).

§ 26. VI. **Art. 128. Ausschließung eines Gesellschafters.**

1. Vergl. zunächst die Erläuterung zu Art. 128 und § 4 zu Art. 170.
2. Die Ausschließung bezieht sich nach dem Zusammenhange des Gesetzes nur auf die Komplementäre. Die Ausschließung von Kommanditisten kann nur im Wege einer statutarisch vorgesehenen Kaduzierung (vergl. § 3 zu Art. 184) oder sonstigen Einziehung des Aktienrechtes (Einziehung im Wege der Verlosung usw.) erfolgen.
3. Vorausgesetzt ist eine Klage aller übrigen Komplementäre und des Aufsichtsrates nach vorheriger Beschlußfassung der Kommanditistenversammlung. Der Komplementär ist nicht etwa von den übrigen Komplementären oder gar bloß durch Beschluß der Generalversammlung absetzbar; er ist nicht Vorstand, sondern Gesellschafter (ROHG. 18, S. 394). Auch eine etwaige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, welche das festsetzte, könnte hieran nichts ändern; sie wäre ungültig, weil sie dem Komplementär den Rechtsweg entziehen würde (ROHG. 18, S. 395; 21, S. 84). — Übrig bleiben muß ein Komplementär (vergl. oben § 24).
4. Eine Statutenbestimmung, daß die Gesellschaft ohne den Ausgeschlossenen fortgesetzt werde, ist überflüssig, weil der Ausschluß des einen ja die Fortsetzung durch die anderen involviert. Mit Unrecht meint Ring (Anm. 9), daß ohne eine solche statutarische Klausel der Ausschluß die Auflösung zur Folge hat.

§ 27. **Zusatz. Andere Auflösungsgründe?** Bei der Aktiengesellschaft verweist das Gesetz ausdrücklich auf das Vorhandensein anderer Auflösungsgründe (Art. 242, Abs. 2), hier nicht. Doch folgt daraus nicht, daß andere Auflösungsgründe hier nicht vorhanden sind. Was die in den §§ 6 ff. zu Art. 242 erörterten anderen Auflösungsgründe anlangt, so gilt hier folgendes:

1. Die Fusion (hierüber vergl. Zusatz 2 zu Art. 205).

§ 28. 2. Entziehung der obrigkeitlichen Genehmigung ist auch hier Auflösungsgrund (vergl. § 24 des BerG. vom 26. Nov. 1852), auch aus den übrigen in § 24 dieses Gesetzes genannten öffentlichen Gründen kann die Auflösung von der Verwaltungsbehörde verfügt werden (vergl. Canstein I., S. 587).

§ 29. 3. Die Vereinigung aller Aktien in einer Hand ist auch hier kein Auflösungsgrund, nicht, wenn eine fremde Person der Aktienbesitzer ist, wofür die in § 8 zu Art. 242 angeführten Gründe maßgebend sind; aber auch nicht, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter alle Aktien erworben haben. Sie besitzen dann eben eine doppelte Mitgliedschaft, während deren Dauer allerdings in der Kommanditistenversammlung das Stimmrecht ruht. Aber durch Übertragung der Kommanditistenmitgliedschaft auf andere kann auch dieses Hindernis beseitigt werden und es liegt auf Grund des zeitweiligen Ruhens des Stimmrechtes kein Grund vor, die Auflösung der Gesellschaft anzunehmen (zust. Behrend, § 147, Anm. 1a; anders Ring, S. 357). Neukamps Einwand (bei Holdheim II., S. 338), daß dies gerade dann nicht gelten könne, wenn die Aktienkommanditgesellschaft

Digitized by Google

als juristische Person aufgefaßt werde, erscheint nicht haltbar. Es fehlt dann nicht die korporative Gestaltung, sondern es ruht ihre Ausübung, wie in dem Falle, wo bei der Aktiengesellschaft alle Aktien in einer Hand vereinigt sind.

4. Die Amortisation sämtlicher Aktien bedeutet bei der Aktiengesellschaft den Untergang der Gesellschaft (vergl. § 9 zu Art. 242). Hier bei der Aktienkommanditgesellschaft wird dadurch bewirkt, daß es keine Kommanditisten mehr gibt. Es fällt daher die rechtliche Grundlage für jenen Zustand fort, den das Gesetz Auflösung nennt. Denn in diesem Zustande bleibt die Organisation der Gesellschaft noch gewahrt. Es geht demnach hier auch die Gesellschaft unter. Nur wird bei der Aktienkommanditgesellschaft das Vermögen nicht herrenlos, sondern bleibt im Eigentum der Komplementäre, die sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen darüber auseinandersetzen können. Es steht auch nichts entgegen, daß die Komplementäre eine offene Handelsgesellschaft auf Grundlage der ihnen verbleibenden Vermögensstücke gründen. Das ist aber eine Neubildung. **§ 30.**
5. Die Verlegung des Sitzes in das Ausland ist auch hier Auflösung der Gesellschaft (Canstein I., S. 587) und daher nur in den Formen der Auflösung zu beschließen (§ 10 zu Art. 242). **§ 31.**
6. Der einzelne Kommanditist hat auch hier kein Recht, die Auflösung zu verlangen, wohl aber der einzelne Komplementär nach Maßgabe der oben erörterten Voraussetzungen und ebenso die Kommanditistengesamtheit. **§ 32.**

Artikel 201.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht infolge der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft geschieht, in das Handelsregister eingetragen werden.

Diese Eintragung muß selbst dann geschehen, wenn die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen war, beendigt wird.

Der vorliegende Artikel entspricht dem Abs. 1 und 2 des Art. 129; auf dessen Erläuterung ist daher zu verweisen und hier nur hinzuzufügen: Der Artikel behandelt bloß die Auflösung der Gesellschaft, jedoch sind die Bestimmungen des Art. 129 über das Ausscheiden eines Gesellschafters ebenfalls anwendbar, denn Art. 171, Abs. 3, spricht deren Anwendbarkeit auf Kommanditgesellschaften überhaupt aus (vergl. § 3 zu Art. 173; Renaud a. a. O., S. 796, Note 2). Bestritten ist, ob zur Vermeidung des in Art. 129, Abs. 5, ausgesprochenen Präjudizes die Bekanntmachung des Austrittes eines persönlich haftenden Gesellschafters genügt, oder ob hiezu auch die Bekanntmachung derjenigen Vertragsbestimmung notwendig ist, die den Austritt eines persönlich haftenden Gesellschafters bei Fortbestehen der Gesellschaft zuläßig macht (vergl. Art. 199). Ersteres ist richtig. Denn hätte das Gesetz bei Austritt eines persönlich haftenden Gesellschafters einen anderen Inhalt der Bekanntmachung vorschreiben wollen, als er sich aus Art. 129 ergibt, so hätte dies im Gesetze deutlichen Ausdruck finden müssen; auch ist die Rechtssicherheit des Dritten genügend gewahrt, wenn die Bekanntmachung des Austrittes allein unter dem Präjudiz der Art. 129 und 25 vorgeschrieben ist (Puchelt, Anm. 9 zu Art. 199; Hahn, 2. Aufl., § 4 zu Art. 199, Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 317).[1])

[1]) Die Aktiennovelle vom Jahre 1884 hat die Streitfrage in unserem Sinne gelöst.

Digitized by Google

Artikel 202.

Bei der Auflösung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, welche außer dem Falle der Eröffnung des Konkurses erfolgt, darf die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter nicht eher vollzogen werden, als nach Verlauf eines Jahres, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist.

Die aus den Handelsbüchern der Gesellschaft ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger sind durch besondere Erlässe aufzufordern, sich zu melden; unterlassen sie dies, so ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich niederzulegen.

Das letztere muß auch in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen geschehen, sofern nicht die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zu deren Erledigung ausgesetzt bleibt, oder den Gläubigern eine angemessene Sicherheit bestellt wird.

Die Vorschrift stimmt im allgemeinen überein mit Art. 245. Vergl. die Erläuterung dazu. Zu bemerken ist:

§ 1. (Abs. 1.) Auch hier ist die Liquidation ex jure publico vorgeschrieben (Canstein I., S. 589). Es kann daher zwar bei der Aktienkommanditgesellschaft durch Übereinkunft beschlossen werden, daß die Liquidatoren das ganze Geschäft in Bausch und Bogen zu veräußern haben; auch kann dies in der Weise geschehen, daß das Geschäft auf eine von den bisherigen Gesellschaftern zu bildende Kommanditgesellschaft übergeht. Immerhin ist damit nicht, wie das Kammergericht (bei Johow 5, S. 36) annimmt, die Liquidation überflüssig geworden oder beseitigt, das Sperrjahr muß auch hier innegehalten, die Gläubiger müssen auch hier durch die Liquidatoren sichergestellt oder befriedigt werden, früher darf die Ausschüttung des Vermögens nicht erfolgen, und eine solche würde in der ohne Gegenleistung erfolgenden Überlassung des Geschäftes an die bisherigen Gesellschafter liegen. Vergl. hierüber auch § 4 zu Art. 245. Bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens sind nicht nur die Kommanditisten, sondern auch die Komplementäre zu berücksichtigen mit ihrem Aktivsaldo. Einen etwaigen Passivsaldo haben sie einzuschießen.

§ 2. (Abs. 2 und 3.) Die Bestimmungen des Abs. 2 und 3 sind gemäß Art. 245, Abs. 3, auch auf Aktiengesellschaften anwendbar (vergl. daher §§ 1 bis 3 zu Art. 245).

Artikel 203.

Eine teilweise Zurückzahlung des Kapitals der Kommanditisten kann nur vermöge einer staatlich genehmigten Abänderung des Gesellschaftsvertrages erfolgen.

Die Zurückzahlung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen geschehen, welche für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (Art. 201, 202).

Die Vorschrift dieses Artikels entspricht der Vorschrift des Art. 248, Abs. 1 und 2.

Hervorzuheben ist, daß selbstverständlich eine Übereinkunft zwischen den Komplementären und der Kommanditistengesamtheit vorliegen muß (Motive zum

Digitized by Google

Aktiengesetz von 1884, S. 319). Das ergibt sich aus dem Wesen der Sache (es liegt ja Vertragsänderung vor). Über diese Übereinkunft, ihre formellen und materiellen Erfordernisse vergl. zu Art. 198.

Artikel 204.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind gleich den persönlich haftenden Gesellschaftern solidarisch zur Erstattung geleisteter Zahlungen verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten:

1. Einlagen an die Kommanditisten zurückgezahlt, oder
2. Zinsen oder Dividenden gezahlt worden sind, welche nicht aus dem auf die Aktien fallenden Gewinne entnommen wurden, oder
3. die Verteilung des Gesellschaftsvermögens oder eine teilweise Zurückzahlung des Kapitals der Kommanditisten ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 202, 203), erfolgt ist.

Die Vorschrift, die einen eigentümlichen Platz mitten unter den Auflösungs- und Liquidationsbestimmungen erhalten hat, stimmt im wesentlichen überein mit Art. 241, vergl. daher die Erläuterung dazu.

Zu bemerken ist:

1. Nur diejenigen Mitglieder des Aufsichtsrates trifft die Verantwortung, welche von einer der in diesem Artikel genannten Zuwiderhandlungen wirklich Kenntnis hatten, nicht auch diejenigen, welche hievon bei gehöriger Sorgfalt hätten Kenntnis erlangen können (Blaschke-Pitreich, S. 189). § 1.
2. Die Haftung besteht nach dem Gesetze in der Verpflichtung zur Erstattung der geleisteten Zahlungen. Der Wortlaut des Gesetzes ist hier enger als dessen zweifelloser Sinn; denn das Gesetz setzt offenbar voraus, daß der Ersatz des durch die in den folgenden Absätzen aufgezählten Zuwiderhandlungen verursachten Schadens in der Erstattung einer geleisteten Zahlung besteht. Da jedoch Z. 1 gewiß auf jede Art der Kapitalsreduktion, auch wenn sie anders als durch Rückzahlung von Einlagen an die Kommanditisten erfolgt (vergl. § 1 zu Art. 248), wo also gar keine faktischen Zahlungen geleistet werden, analog anzuwenden ist, so sollte es statt „zur Erstattung geleisteter Zahlungen" richtig heißen „zum Ersatze des Schadens".[1] § 2.
3. Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber ist durch Art. 204 keine Haftung begründet (Renaud a. a. O., S. 775, dagegen Puchelt zu Art. 204, Anm. 3; Hahn, 2. Aufl. zu demselben Artikel); aber diese Haftung ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vergl. § 23 zu Art. 225). § 3.
4. Wie weit ein Generalversammlungsbeschluß die haftbaren Personen deckt, muß hier besonders untersucht werden. Petersen und Pechmann (S. 304) erachten ihn bei der Aktienkommanditgesellschaft nicht für geeignet hiezu. Allein was die Mitglieder des Aufsichtsrates betrifft, so trifft diese Ansicht nicht zu. Nimmt auch die Generalversammlung hier nicht, wie bei der Aktiengesellschaft, die Stellung als oberstes Organ der Gesellschaft ein, so ist sie doch dem Aufsichtsrate gegenüber das höhere, befehlende, der Aufsichtsrat ihr gegenüber das ausführende Organ. Art. 186 ist nur eine § 4.

[1] In der Aktiennovelle vom Jahre 1884 wurde bereits diese redaktionelle Änderung vorgenommen (vergl. Motive hiezu S. 329).

Digitized by Google

Anwendung dieses Prinzipes. Das greift allerdings dort nicht Platz, wo es sich um eine Maßregel handelt, welche der Zustimmung der Komplementäre bedarf. Hier ist der Beschluß der Generalversammlung so aufzufassen, daß er den Vorbehalt jener Zustimmung enthält (vergl. Ring, Anm. 2). Die Komplementäre dagegen können sich durch einen Generalversammlungsbeschluß nicht decken. Ihnen gegenüber enthält dieser Beschluß keinen Befehl, sondern nur die Zustimmung eines koordinierten Organes. Es hört aber der Gesellschaft gegenüber dadurch eine Handlung nicht auf, eine Pflichtverletzung zu sein, daß ein anderes, gleichberechtigtes Organ die Handlung gebilligt hat.

§ 5. 5. Die Pflichten der Komplementäre richten sich nach den Regeln der offenen Handelsgesellschaft (§ 3 zu Art. 173; Ring, Anm. 1).

Artikel 205.

Die Liquidation erfolgt, soferne der Gesellschaftsvertrag nicht ein Anderes bestimmt, durch sämtliche persönlich haftende Gesellschafter und eine oder mehrere von der Generalversammlung der Kommanditisten gewählte Personen.

§ 1. Das Gesetz gibt bei der Aktienkommanditgesellschaft in Art. 205 nur eine die Materie nicht erschöpfende Vorschrift über die Liquidation. Im übrigen sind die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften anzuwenden, soweit nicht aus dem Wesen der Aktienkommanditgesellschaft ein anderes folgt (Art. 172; § 3 zu Art. 173). **Es erscheint jedoch für diesen Kommentar erforderlich, die ganze Materie der Liquidation im Zusammenhange** zu untersuchen, und zwar am besten an der Hand und in der Reihenfolge der für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften.

§ 2. 1. **Art. 133.** Dieser Artikel enthält die allgemeine Anordnung der Liquidation und bestimmt die Person der Liquidatoren, indem er vertragsmäßige, gesetzliche und richterliche Berufung vorsieht.

a) **Die allgemeine Vorschrift der Liquidation** ist für die Aktienkommanditgesellschaft enthalten in Art. 205. Sie hat hier eine schärfere Bedeutung, als bei der offenen Handelsgesellschaft; sie ist die absolute gesetzliche Folge der Auflösung (vergl. § 1 zu Art. 244). Hier bei der Aktienkommanditgesellschaft gilt das gleiche wie bei der Aktiengesellschaft (zust. Ring, Anm. 1; Canstein I., S. 587).

Auch über das Wesen der Liquidation gilt das in § 2 zu Art. 244 für die Aktiengesellschaft Gesagte.

§ 3. b) **Die Personen der Liquidatoren.** Das Gesetz kennt auch hier gesetzliche, vertragliche und richterliche Berufung. Die gesetzliche und vertragliche ist vorgesehen in den Art. 133, Abs. 1, 205; die richterliche in Art. 133, Absatz 2.

§ 4. α) Die vertragliche Berufung. Zunächst entscheidet der Gesellschaftsvertrag. Wer dort zum Liquidator ernannt ist, ist nach Auflösung der Gesellschaft von selbst dazu berufen.

§ 5. β) Das Gesetz beruft im Art. 205 zu Liquidatoren für den Fall, daß die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nicht Platz greift, sämtliche Komplementäre und außerdem noch diejenigen Personen, welche von der Generalversammlung der Kommanditisten gewählt werden. Damit soll aber nur ein Recht der Generalversammlung statuiert

Digitized by Google

werden. A. M. Petersen und Pechmann, S. 308: „Auf die Wahl kann nicht verzichtet werden", ebenso Willenbücher, Anm. 2: „Die Wahl ist unerläßlich". Allein zur Statuierung einer Wahlpflicht lag kein gesetzgeberischer Anlaß vor, und überdies pflegt der Gesetzgeber nicht Pflichten zu normieren ohne Zwang zur Erfüllung und ohne Präjudiz für deren Nichterfüllung. Hienach sind die Komplementäre die gesetzlichen Vertreter, und die Generalversammlung ist berechtigt, neben ihnen noch andere zu wählen.

Richtig ist, wenn Petersen und Pechmann (S. 308) sagen: die Wahl der Generalversammlung müsse auf eine andere Person als die Komplementäre fallen. Aus dem Wortlaute dieses Gesetzes geht dies klar hervor (anders Ring, Anm. 1).

γ) Die richterliche Berufung. Diese Materie ist geordnet im Art. 133, Abs. 2. Darüber, ob die Ernennung hier auf einen einfachen Antrag an das Handelsgericht ohne ordentliches Prozeßverfahren erfolgt, vergl. § 4 zu Art. 244; denn die Frage muß hier im selben Sinne wie bei der Aktiengesellschaft entschieden werden. § 6.

Da nach β) die Komplementäre gesetzliche Liquidatoren sind, so enthält jede Ernennung eines anderen Liquidators gleichzeitig eine Abberufung des gesetzlichen.

Wichtige Gründe müssen auch hier vorliegen. In dieser Beziehung gilt Art. 133, Abs. 2.

Vergl. im übrigen §§ 3 bis 5 zu Art. 244.

2. **Art. 134. Die Abberufung der Liquidatoren** ist geordnet durch Art. 134. Sie kann erfolgen: § 7.

a) Durch Zurückziehung des Auftrages durch die Auftraggeber. Bei der offenen Handelsgesellschaft und einfachen Kommanditgesellschaft gehört dazu ein einstimmiger Beschluß aller Gesellschafter. Der abweichenden Organisation der Aktienkommanditgesellschaft gemäß wird hier verlangt werden müssen eine Zurückziehung des Auftrages durch die Komplementäre und den Aufsichtsrat unter Zustimmung der Generalversammlung (Art. 186). Verschieden davon ist die Frage, ob die Kommanditistenversammlung den von ihr gemäß Art. 205 gewählten Liquidator einseitig abberufen kann. Ring (Anm. 1) bejaht dies. Wir möchten es verneinen. Einmal gewählt, ist er Liquidator der Gesellschaft und kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen abberufen werden, wie jeder andere Liquidator, also insbesondere nicht ohne wichtigen Grund.

b) Durch den Richter (vergl. die Erläuterung zu Art. 134).

3. **Art. 135. Die Anmeldung** wird hier gemäß der Organisation der Aktienkommanditgesellschaft bewirkt durch die Komplementäre und den Aufsichtsrat als das ausführende Organ der Kommanditisten. Die Mitwirkung des Aufsichtsrates leugnet Ring, weil diese Mitwirkung hier nicht besonders hervorgehoben sei. Aber eine entsprechende Anwendung des Art. 135 führt zu der hier vertretenen Ansicht. Auch das Austreten eines Liquidators wird von den persönlich haftenden Gesellschaftern und dem Aufsichtsrate in entsprechender Anwendung des Art. 135, Abs. 2 und 3 angemeldet; es ist daher ein völlig indifferenter Akt, wenn der sein Amt niederlegende Liquidator selbst dem Registerrichter hievon Mitteilung macht. Eine solche Anzeige kann nur die Anregung für den Registerrichter bilden, seine Offizialtätigkeit behufs Bewirkung der Anmeldung eintreten zu lassen. § 8.

Digitized by Google

Die Anmeldung wird durch Ordnungsstrafen erzwungen (Art. 135, Absatz 3).

§ 9. 4. **Art. 136. Auch hier gilt die Kollektivvertretung,** sofern nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt ist. Die abweichende Bestimmung wird hier getroffen durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Übereinkunft der Komplementäre und Kommanditisten. Über diese Übereinkunft vergl. § 2 zu Art. 198.

§ 10. 5. **Art. 137. Aufgabe und Rechtsstellung der Liquidatoren.** Dieser Artikel gilt hier voll und ganz (vergl. zu Art. 244). Auch ist zu bemerken, daß hier nur Schranken für Liquidatoren, nicht für die Gesellschaft gezogen sind. Diese kann die Machtbefugnisse der Liquidatoren erweitern. Es erfolgt dies durch eine Übereinkunft, über welche das in § 2 zu Art. 198 Gesagte gilt. Eine solche Übereinkunft genügt auch zur Ermächtigung der Liquidatoren, Grundstücke freihändig zu verkaufen (RG. 3, S. 54; Keyßner in Busch' Archiv 31, S. 319; Ring, Anm. 2).

§ 11. 6. **Art. 138** gilt hier.

7. **Art. 139** ist analog anwendbar (vergl. zu Art. 244).

8. **Art. 140** ist anwendbar. Als einstimmige Anordnung wird hier eine Übereinkunft der Komplementäre und der Kommanditistenversammlung nach Art. 198 zu gelten haben (Ring, Anm. 2).

9. **Art. 141.** Derselbe kommt nicht zur Anwendung. An seiner Stelle gilt Art. 202.

§ 12. 10. **Art. 142** findet analoge Anwendung.

11. **Art. 143** kann auf den Kommanditisten nicht angewendet werden, weil dieser in Aktien definitiv abgefunden worden ist, wohl aber auf den Komplementär. Doch kann der Fall des Abs. 2 nicht eintreten, weil nach Art. 180 der Wert feststehen muß, für welchen die Sache übernommen wurde.

§ 13. 12. **Art. 144** findet analoge Anwendung (vergl. zu Art. 244).

13. **Art. 145** findet ebenfalls analoge Anwendung. Es gilt hienach für das, was nach Beendigung der Liquidation zu geschehen hat, nicht dasselbe wie bei der Aktiengesellschaft.

a) Von einer Schlußrechnung ist nichts gesagt. Es gilt daher die allgemeine Rechnungslegungspflicht. Danach haben die Liquidatoren, wenn es fremde Personen sind, den Komplementären und dem Aufsichtsrate, wenn die Komplementäre allein die Liquidation besorgen, dem Aufsichtsrate Rechnung zu legen. Dieser teilt die ihm gelegte Rechnung der Generalversammlung mit. Über die Rechnungslegung der Liquidatoren vergl. Näheres § 21 zu Art. 137. Die Rechte der Kommanditisten nimmt dabei überall der Aufsichtsrat wahr (Art. 186). Bilanzen zu ziehen sind die Liquidatoren einer Aktienkommanditgesellschaft nach wie vor verpflichtet.

§ 14. b) Nach richtiger Ansicht ist die Liquidationsbeendigung zum Register anzumelden und dort einzutragen, ferner ist die Firma abzumelden und dies sogar von Amts wegen zu erfordern (vergl. §§ 6 und 7 zu Art. 245; Ring, Anm. 3). Vergl. auch § 8 daselbst über Schwierigkeiten nach Beendigung der Liquidation.

§ 15. c) Die Aufbewahrung der Handelsbücher und deren Benützung. Über die Aufbewahrung bestimmt hier, abweichend von Art. 246, zunächst die Übereinkunft der Gesellschafter (über diese vergl. § 2 zu Art. 198), erst subsidiär das Handelsgericht. Die Aufbewahrung erfolgt auch hier wie bei der Aktiengesellschaft. Die Gesellschafter haben das unbedingte Recht auf Einsicht (abweichend von Art. 246).

Digitized by Google

Zusatz 1. Die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern nach Auflösung der Gesellschaft. § 16. Bei der Aktiengesellschaft ist von einer solchen keine Rede, höchstens ist ein Bereicherungsanspruch denkbar (vergl. § 9 zu Art. 245). Hier aber haften die Gesellschafter in doppelter Richtung den Gläubigern direkt: zunächst die Komplementäre, worauf ja das Wesen der Aktienkommanditgesellschaft beruht, und ferner die Kommanditisten im Falle des Art. 197. Für die erstere Haftung gilt die fünfjährige Verjährungsfrist nach Art. 146 (vergl. Art. 172; § 3 zu Art. 173), für die letztere nicht, weil es sich nicht eigentlich um eine Haftung aus der Gesellschaftereigenschaft, sondern wegen Verletzung der Gesellschafterpflichten handelt (Förtsch, Anm. 6 zu Art. 202; anders Ring, Anm. 3 zu Art. 205).

Zusatz 2. Umwandlungen? § 17.

a) Die Umwandlung einer Aktienkommanditgesellschaft in eine einfache Kommanditgesellschaft. Eine solche kann nach der Ansicht des Kammergerichtes (bei Johow 5, S. 36) einfach dadurch vorgenommen werden, daß die Aktienkommanditgesellschaft beschließt, fortan sollen die bisherigen Gesellschafter mit ihren bisherigen Rollen als Komplementäre und Kommanditisten das Geschäft fortführen. Allein von unserem Standpunkte aus ist dies schon deshalb nicht richtig, weil die Aktienkommanditgesellschaft juristische Person ist, was die einfache Kommanditgesellschaft nicht ist; es ist deshalb nur Auflösung der ersteren und Gründung der letzteren möglich. Überdies ist die Liquidation bei der Aktienkommanditgesellschaft ex jure publico angeordnet und nicht zu umgehen. Eine Auflösung ohne Liquidation ist daher nicht statthaft (vergl. § 2 zu Art. 205; Petersen und Pechmann, S. 320). Bei einer solchen Umwandlung einer Aktienkommanditgesellschaft in eine einfache Kommanditgesellschaft ist auch bücherliche Übertragung von Grundstücken erforderlich, was gleichfalls vom Kammergerichte (6, S. 12) verneint wird. Letzteres Gericht ging sogar so weit, auch bei der Umwandlung einer einfachen Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft keine Auflassung zu fordern (Johow und Küntzel 2, S. 92).

b) Die Fusion einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mit einer anderen § 18. ist gesetzlich nicht geregelt. Aus dem Schweigen des Gesetzes folgt die Unzulässigkeit der Fusion. Wie schon anderweit ausgeführt ist, beruht es auf öffentlichem Rechte, insbesondere auf der Rücksicht gegen die Gläubiger, wenn bestimmt ist, daß die Liquidation erfolgen, das Sperrjahr eingehalten werden muß und daß bis zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger eine Ausschüttung des Vermögens nicht erfolgen solle. Mit anderen Worten: Die Liquidation ist zwingende Vorschrift. Die Fusion verstößt hiegegen. Denn ihr Wesen besteht darin, daß die Gesellschaft mehr als aufgelöst wird, nämlich untergeht; daß sie ihr gesamtes Vermögen auf eine andere Gesellschaft überträgt; daß das bisherige Rechtssubjekt untergeht und die Gläubiger einen neuen Schuldner erhalten, der das Vermögen des bisherigen Rechtssubjektes besonders verwaltet (vergl. § 1 zu Art. 247). Einen für die Gläubiger und auch für die Aktionäre so folgenschweren Akt kann die Gesellschaft nur vornehmen, wenn das Gesetz es zuläßt. Schweigen ist hier verbieten (zust. Neukamp bei Holdheim II., S. 338).

c) Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine §19c. Gesellschaft m. b. H. ist nicht zulässig. § 97 GmbHG. bezieht sich nur auf Aktiengesellschaften. Das gleiche wird bezüglich der entsprechenden Bestim-

Digitized by Google

mung des § 80 des d. GmbHG. meistenteils angenommen (vergl. Lehmann-Ring I., S. 660; Staub-Hachenburg, Komm. zum GmbHG., S. 535).

Artikel 206.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Kommanditgesellschaften auf Aktien im allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf. In diesem Falle kommen die Bestimmungen dieses Abschnittes zur Anwendung, soweit sie die staatliche Genehmigung bei der Errichtung oder Abänderung des Gesellschaftsvertrages nicht zum Gegenstande haben; der Gesellschaftsvertrag muß jedoch die in dem Art. 175 verzeichneten Bestimmungen enthalten, bevor die in dem Art. 176 vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister erfolgen darf.

Von den in diesem Artikel erwähnten Vorbehalten hat die österreichische Gesetzgebung keinen Gebrauch gemacht. Die Erläuterung dieses Artikels entfällt daher als gegenstandslos.

Dritter Titel.

Von der Aktiengesellschaft.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Artikel 207.

Eine Handelsgesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn sich die sämtlichen Gesellschafter nur mit Einlagen beteiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.

Das Gesellschaftskapital wird in Aktien oder auch in Aktienanteile zerlegt.

Die Aktien oder Aktienanteile sind unteilbar.

Dieselben können auf Inhaber oder auf Namen lauten.

Literatur. Hauptwerke: Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften (1. Aufl. 1863, 2. Aufl. 1875); Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften (2 Bde., 1904; hier zitiert mit Lehmann I. und Lehmann II.). Für Österreich: Randa, Das österr. Handelsrecht, II. Bd.; Landauer, Das österr. Aktienrecht (1900); Landesberger, „Aktiengesellschaften", im österr. Staatswörterbuch I., S. 118; vergl. auch die Note zu § 4 dieses Artikels. Für Zwecke der Rechtsvergleichung: Silbernagel, Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht (Berlin 1907).

I. **Vorbemerkungen zu den Vorschriften über das Aktienrecht.**

§ 1. 1. **Die in Betracht kommenden Rechtsquellen.** Während im Deutschen Reiche der dritte Titel des zweiten Buches schon vor Erlassung des neuen deutschen Handelsgesetzbuches durch die Aktiennovellen vom Jahre 1870 und 1884 tief einschneidende Veränderungen erfahren hat, besteht er in Österreich noch in derselben Fassung, wie zur Zeit der Publikation des Handelsgesetzbuches. Die Bestimmungen des dritten Titels des zweiten Buches

Digitized by Google

gelten jedoch nicht für alle Aktiengesellschaften und bilden für diejenigen, auf die sie sich beziehen, nicht die alleinige Rechtsquelle. Es fallen nämlich nur jene Aktiengesellschaften unter die erwähnten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, die **Handelsgesellschaften** sind, deren Unternehmen also den Betrieb von Handelsgesellschaften zum Gegenstande hat (Art. 5).[1]) Die Praxis der Registergerichte nimmt es mit dem Erfordernisse des gewerbemäßigen Betriebes von Handelsgeschäften nicht sehr streng; ins Handelsregister werden zahlreiche Aktiengesellschaften eingetragen, die mangels des gewerbemäßigen Betriebes des Handelsgeschäftes nicht unter die Bestimmungen der Art. 207 ff., sondern unter die des VerG. vom 26. Nov. 1852 fallen; z. B. Aktiengesellschaften zum Betriebe von Heilanstalten, Elektrizitätswerken usw. Die Eintragung von Aktiengesellschaften zum Betriebe eines Zeitungsunternehmens entspricht dagegen dem Gesetze (vergl. § 20 zu Art. 272). Grundsätzlich muß für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf Aktiengesellschaften neben dem gewerbemäßigen Betriebe von Handelsgeschäften noch das weitere Erfordernis aufgestellt werden, daß der Betrieb einen solchen Umfang erreicht, daß vom gesellschaftlichen Unternehmen die Steuern in der im § 7, EinfG. zum HGB., festgesetzten Höhe zu entrichten sind (Blaschke-Pitreich, S. 191), denn anderenfalls liegt gemäß § 7, Abs. 2, EinfG. zum HGB., eine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches überhaupt nicht vor; daß dem letzterwähnten begrifflichen Erfordernisse in der Praxis eine selbständige Bedeutung kaum zukommen wird, ist selbstverständlich. Auf Aktiengesellschaften, deren Unternehmen nicht in solchen Geschäften besteht, deren gewerbemäßiger Betrieb die Kaufmannseigenschaft begründet, die daher keine Handelsgesellschaften sind, findet nicht das Handelsgesetzbuch, sondern das Vereinsgesetz (KaisP. vom 26. Nov. 1852, RGBl. Nr. 253) Anwendung, z. B. auf Aktiengesellschaften zum Betriebe eines Theaters, einer Badeanstalt usw. Aber auch auf jene Aktiengesellschaften, die als Handelsgesellschaften unter das Handelsgesetz fallen, findet neben demselben das genannte Vereinsgesetz mit Ausnahme der §§ 9 und 12 Anwendung.[2]) Die Anwendbarkeit der nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Bestimmungen des Vereinsgesetzes ergibt sich einmal arg. a contr. aus § 32, EinfG. zum HGB., weiters aber auch daraus, daß nach der Ansicht der Konferenz die näheren Festsetzungen über die Erteilung der staatlichen Genehmigung dem Staatsrechte jedes einzelnen Staates vorbehalten bleiben sollten (P. 1039, Hahn, § 2 zu Art. 208). Subsidiär findet auf alle Aktiengesellschaften das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Anwendung (vergl. hiezu Pinner, GZ. 50, S. 101 ff.). Hinsichtlich der unter das Handelsgesetzbuch fallenden

[1]) Die deutsche Gesetzgebung hat diese Unterscheidung schon seit der Aktiennovelle vom Jahre 1870 fallen gelassen und erklärt jede Aktiengesellschaft ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens als Handelsgesellschaft und damit als Kaufmann. Das Gleiche gilt in Österreich für die GmbHG. nach § 61, Abs. 3 GmbHG. Das Aktienrecht ist dadurch im Deutschen Reiche einheitlich gestaltet. Die Gutachten zum Fragebogen des Justizministeriums (vergl. unten § 2) sprechen sich übereinstimmend dafür aus, die Frage in gleichem Sinne auch in Österreich zu regeln.

[2]) § 9 VerG. enthält Vorschriften über den Inhalt des Statutes; diese Materie ist aber in Art. 209 HGB. erschöpfend geregelt. § 12 dieses Gesetzes enthält einige Bestimmungen über die Einzahlung der Aktien, die Form der Aktienurkunden, das Stimmrecht der Aktionäre und die Generalversammlung. Diese Bestimmungen können demnach nicht nur, wenn sie mit den einschlägigen Bestimmungen des HGB. in Widerspruch stehen, sondern auch wenn sie im HGB. nicht geregelte Fragen entscheiden, nicht als Rechtsquellen für die unter das HGB. fallenden Aktiengesellschaften herangezogen werden.

Digitized by Google

Aktiengesellschaften folgt dies aus Art. 1, dessen Hinweis auf die subsidiäre Anwendung des bürgerlichen Rechtes sich auf das gesamte Handelsrecht bezieht. Bei der Frage, welche Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches subsidiär herangezogen werden können, muß in Betracht gezogen werden, daß die Aktiengesellschaft, obwohl sie im Handelsgesetzbuche zu den Handelsgesellschaften gezählt wird, doch keine societas, sondern eine juristische Person ist (vergl. unten § 11, § 7 zu Art. 242, und Silbernagel, S. 71). Betreffs der Zulässigkeit und des Umfanges der analogen Anwendung des GmbHG. auf Aktiengesellschaften ist folgender Grundsatz aufzustellen: Weisen die aktienrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches eine Lücke auf, so sind gemäß § 7 ABGB. die Bestimmungen über Gesellschaften m. b. H. als der der Aktiengesellschaft am nächsten verwandten Assoziationsform (vergl. Lehmann I., S. 278; Randa II., S. 269) analog anzuwenden, sofern sie nicht eine Sach- oder Rechtslage voraussetzen, die bei der Aktiengesellschaft nicht vorkommt. Eine die analoge Anwendung des GmbHG. rechtfertigende Lücke liegt aber nicht schon dann vor, wenn das Handelsgesetzbuch eine für zweckmäßig erachtete Regelung einer Materie vermissen läßt; so kann beim Schweigen des Handelsgesetzbuches darüber, innerhalb welcher Frist die Klage auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses zu erheben ist, nicht einfach die in § 41, Abs. 4 GmbHG., normierte einmonatliche Frist für maßgebend angesehen werden (vergl. § 25 zu Art. 224). Beispiele analoger Anwendung des GmbHG. siehe bei: § 16 zu Art. 240; § 9 zu Art. 242; § 8 ff. zu Art. 211.

Die Rechtsverhältnisse ausländischer Aktiengesellschaften werden teilweise durch Spezialgesetze (bezw. mit Gesetzeskraft erlassene Verordnungen) geregelt (vergl. hierüber Zusatz zu Art. 212).

§ 2. 2. **Die Reformbestrebungen** in Österreich auf dem Gebiete des Aktienrechtes reichen bis in das Jahr 1869 zurück. In diesem Jahre, sowie in den Jahren 1873 und 1882 wurden Entwürfe zu einem Gesetze über Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften ausgearbeitet, von denen aber keiner Gesetz wurde. Im Jahre 1898 wurden über ein Memorandum des damaligen Finanzministers Kaizl die Arbeiten zu einer Reform des Aktienrechtes wieder ernstlich in Angriff genommen. Mit Erlaß des Finanzministeriums vom 27. Sept. 1898, Z. 24.405, wurde ein Fragebogen ausgegeben (im folgenden einfach mit „Fragebogen" bezeichnet)[3]), mittels dessen von juristischen und wirtschaftlichen Fachleuten Gutachten über die Grundsätze der in Aussicht genommenen Neuregelung des Aktienrechtes eingeholt wurden. Die erstatteten Gutachten sprechen sich meist dahin aus, daß eine Anlehnung an das deutsche Aktienrecht unter Berücksichtigung spezieller österreichischer Verhältnisse befürwortet wird (vergl. Nothnagel, Das österreichische Aktienregulativ, in GZ. 50, S. 113). Die Veröffentlichung eines Entwurfes zu einem Gesetze über Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften ist bisher noch nicht erfolgt. Überhaupt scheinen die Reformbestrebungen derzeit wieder zu ruhen.

§ 3. 3. **Indessen ist im Verordnungswege eine teilweise, die gesetzlichen Rechtsquellen ergänzende Neuregelung des Aktienrechtes erfolgt.** Mit Verordnung der Ministerien des Innern, der Justiz, des Handels und der Finanzen vom 5. Mai 1896, RGBl. Nr. 31, wurden „Besondere Be-

[3]) Vergl. hierüber Pappenheim bei Holdheim, 8. Jahrg., S. 1.

Digitized by Google

stimmungen über die Konzessionierung und staatliche Beaufsichtigung von Versicherungsgesellschaften" verlautbart. Diese Verordnung (Versicherungsregulativ) bezieht sich sowohl auf die auf dem Prinzipe der Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaften, als auch auf solche, die Aktiengesellschaften sind. Aktienrechtliche Bestimmungen enthalten die §§ 3, 6, 21, 22, 23, 31, 33.[4]) Mit Verordnung der Ministerien des Innern, der Finanzen, des Handels, der Justiz und des Ackerbaues vom 20. Sept. 1899, RGBl. Nr. 175, wurde ein „Regulativ für die Errichtung und Umbildung von Aktiengesellschaften auf dem Gebiete der Industrie und des Handels" verlautbart (**Aktienregulativ**).

4. **Zweck und Entstehungsgeschichte des Aktienregulativs.** Das dringende Bedürfnis nach einer Reform des österreichischen Aktienrechtes einerseits und andrerseits die im Hinblick auf die parlamentarischen Verhältnisse bestehende Unmöglichkeit eines raschen Eingreifens der Gesetzgebung bewogen die Regierung, die gegenständliche Materie einstweilen im Verordnungswege zu regeln, soweit zu einer solchen Regelung überhaupt die Verordnungsgewalt der Regierung ausreicht (vergl. unten § 8). Der Entwurf zum Aktienregulative, dessen Fassung dreimal geändert wurde, wurde vor der Publikation als Verordnung einer aus vier Mitgliedern (Juristen, Nationalökonomen und Praktikern) bestehenden Kommission vorgelegt. Die Verhandlungen dieser Kommission sind nicht veröffentlicht, so daß oft die Motive und die Entstehungsgeschichte einzelner Bestimmungen des Aktienregulativs nicht deutlich erkennbar sind (Nothnagel a. a. O., S. 113, Note 12). Im allgemeinen zeigt das Aktienregulativ das Bestreben, in seinen Bestimmungen diejenigen Grundsätze zum Ausdrucke zu bringen, die die moderne Theorie und Rechtsprechung auf dem Gebiete des Aktienrechtes aufgestellt hat und die auch in das deutsche Handelsgesetzbuch Eingang gefunden haben.[5]) § 4.

5. **Was den sachlichen Umfang der Wirksamkeit des Aktienregulativs** betrifft, so bezieht sich dasselbe nur auf Aktiengesellschaften, nicht auf Aktienkommanditgesellschaften (Abs. 4 der Eingangsbestimmung), ferner nur auf jene Aktiengesellschaften, die als Handelsgesellschaften unter das Handelsgesetzbuch fallen; aber auch von diesen wird ein Teil von der Wirksamkeit des Aktienregulativs ausgenommen, nämlich diejenigen Aktiengesellschaften, bei welchen den Gegenstand des Unternehmens: 1. der Betrieb von Bank- und Kreditgeschäften, 2. der Betrieb von Versicherungsgeschäften, 3. der Bau oder der Betrieb von Schiffahrtskanälen, 4. der Betrieb von Eisenbahnen, einschließlich der Lokal-, Klein- und Straßenbahnen, 5. der Be- § 5.

---

[4]) Diese Verordnung ist abgedruckt unter Anhang IV im 11. Bd. (1. Teil) der Manzschen Gesetzesausgabe. Über die rechtliche Natur dieser Verordnung siehe Blaschke-Pitreich, S. 237.

[5]) Literatur zum Aktienregulative: Die Mitteilung desselben in GZ. 49 durch Keyßner; Grünhut, Das Aktienregulativ, 1900, im Selbstverlage des Verfassers (Separatabdruck aus der „Neuen Freie Presse"); Nothnagel, Das österreichische Aktienregulativ, in GZ. 50, S. 111 ff.; Landauer, Das österreichische Aktienrecht (1900); v. Sprung, Das Aktienregulativ vom 20. September 1899, in der Zeitschr. für Volkswirtschaft, Bd. 9, S. 599; Edmund Mayer, Genußscheine und Amortisationsfonds, bei Holdheim, 9. Jahrg., S. 53; Felix Mayer, Über den Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, GZ. 1900, Nr. 48 bis 52; Bruno Mayer, Recht und Schutz der Minoritäten der Aktienvereine nach dem österreichischen Aktienregulative, JWl. 1900, Nr. 14; M., Erschwerungsparagraphe des österreichischen Aktienregulativs, JWl. 1900, Nr. 31; B. Mayer, Die Emission von Wertpapieren, passim.

Digitized by Google

trieb der Dampfschiffahrt bildet (Abs. 2 der Eingangsbestimmung). Die Wirksamkeit des Aktienregulativs bezieht sich demnach hauptsächlich auf Industriegesellschaften und die in der erwähnten Eingangsbestimmung nicht ausgenommenen Transportunternehmungen (z. B. Omnibus-Aktiengesellschaften).

§ 6. Nach der Art der zur Anwendung gelangenden Rechtsnormen muß man daher die Aktiengesellschaften in folgende Gruppen einteilen:

a) Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betriebe von Handelsgeschäften besteht; auf diese finden weder die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Aktiengesellschaften noch des Aktienregulativs, sondern das VerG. vom 26. November 1852[6]) und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Anwendung. Dieselben werden nach dem Sprachgebrauche des Vereinsgesetzes gewöhnlich mit dem Ausdrucke „Aktienvereine" bezeichnet.

b) Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens im Betriebe von Handelsgeschäften, aber nicht von Versicherungsgeschäften besteht und die von der Wirksamkeit des Aktienregulativs ausgenommen sind. Auf diese finden die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Aktiengesellschaften, das VerG. vom 26. Nov. 1852 und subsidiär das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Anwendung.

c) Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens im Betriebe von Versicherungsgeschäften besteht. Auf diese findet das Handelsgesetzbuch (vergl. Art. 271, Z. 3), das VerG. vom 26. Nov. 1852, das Versicherungsregulativ und subsidiär das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Anwendung.

d) Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens im Betriebe von Handelsgeschäften besteht und die von der Wirksamkeit des Aktienregulativs nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Auf diese findet das Handelsgesetzbuch, das VerG. vom 26. Nov. 1852, das Aktienregulativ und subsidiär das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Anwendung.[7])

§ 7. 6. **Über die zeitliche Wirksamkeit** des Aktienregulativs disponieren dessen §§ 57 und 58. § 57 setzt als Beginn der Wirksamkeit des Aktienregulativs den Tag der Kundmachung desselben fest. Diese Kundmachung erfolgte am 22. September 1899. § 57 bestimmt, daß die Bestimmungen des Aktienregulativs auf bestehende Aktiengesellschaften nur insoweit Anwendung finden, als die geltenden gesellschaftlichen Statuten nicht entgegenstehen. Als bestehend kann eine Aktiengesellschaft nur angesehen werden, wenn deren staatliche Genehmigung und Eintragung ins Handelsregister erfolgt ist (Art. 211). Ist die Eintragung ins Handelsregister — nicht erst die Bekanntmachung und nicht schon die Anmeldung — am 22. September 1899

[6]) Vorausgesetzt ist, daß die Vereinigung auf Gewinn berechnet ist; sonst fällt sie unter das VerG. vom Jahre 1867 (Entsch. d. MJ. aus dem Jahre 1870, in der Zeitschr. für Verw., S. 91).

[7]) Die unter a erwähnte Gruppe der Aktiengesellschaften, die keine Handelsgesellschaften sind, bleiben bei der folgenden Darstellung überhaupt außer Betracht. Wenn daher im folgenden von Aktiengesellschaften die Rede ist, so sind darunter bloß solche zu verstehen, die nach der Art der von ihnen betriebenen Geschäfte als Handelsgesellschaften unter die Bestimmungen des dritten Titels des zweiten Buches des HGB. fallen.

Digitized by Google

nicht erfolgt, so muß die einzutragende Aktiengesellschaft in allen Punkten den Bestimmungen des Aktienregulativs entsprechen, mag das Gründungsstadium ein noch so vorgeschrittenes sein, mag sogar die staatliche Genehmigung bereits erteilt worden sein. Eine andere Frage ist, ob der Registerrichter deshalb, weil die Bestimmungen des Aktienregulativs nicht befolgt sind, die Eintragung der Gesellschaft verweigern kann (hierüber unten § 9). Die Übergangsbestimmung des § 57 A. Reg. erklärt sich aus der eigentümlichen Natur dieser Verordnung, deren wesentlicher Inhalt darin besteht, daß sie vorschreibt, welchen Inhalt der Gesellschaftsvertrag haben muß und welche Voraussetzungen bei Änderungen desselben zu erfüllen sind, daß dem ursprünglichen oder geänderten Gesellschaftsvertrage die staatliche Genehmigung erteilt wird. Da die Bestimmungen des Aktienregulativs nicht unmittelbar, sondern erst dadurch wirksam werden, daß sie in den ursprünglichen oder geänderten Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden (vergl. unten § 9), so ergibt sich von selbst, daß das Aktienregulativ auf bereits staatlich genehmigte Gesellschaftsverträge einer bestehenden Aktiengesellschaft keine Anwendung finden kann, soweit es bestimmte Erfordernisse für den Inhalt des Gesellschaftsvertrages vorschreibt; an sich unanwendbar auf bestehende Aktiengesellschaften sind auch diejenigen Bestimmungen des Aktienregulativs, welche die anderen (nicht in einem bestimmten vorgeschriebenen Inhalte des Statutes bestehenden) Bedingungen, unter denen die staatliche Genehmigung zu erteilen ist, und das beim Ansuchen um dieselbe und Erteilung derselben zu beobachtende Verfahren regeln (vergl. § 12 A. Reg.). Dagegen stünde der Anwendung der Bestimmungen des Aktienregulativs über die Umwandlung von Aktiengesellschaften (§§ 15 ff.) an sich nichts im Wege. Das Aktienregulativ schränkt jedoch selbst in dieser Richtung seine zeitliche Wirksamkeit ein, indem es auch die Wirksamkeit der Bestimmungen der letzterwähnten Art auf die zur Zeit der Kundmachung bereits bestehende Aktiengesellschaften nur dann ausdehnt, wenn deren Statuten mit diesen Bestimmungen im Widerspruche stehen.

So findet z. B. die Bestimmung des § 31, Abs. 2 A. Reg., daß bei Neuemissionen von Aktien die Festsetzung der Begebungsmodalitäten der Generalversammlung vorbehalten ist, auf die vor Kundmachung des Aktienregulativs bereits bestehenden Gesellschaften keine Anwendung, wenn nach deren Statuten diese Festsetzung dem Vorstande obliegt. Die rein administrative Bestimmung des § 56 A. Reg. findet selbstredend auf jede Aktiengesellschaft ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Eintragung und den Inhalt des Statutes Anwendung.

7. **Die rechtliche Natur des Aktienregulativs als Rechtsquelle.** Das Aktienregulativ stellt sich als eine Ausführungsverordnung zum VerG. vom 26. Nov. 1852 dar (AmtlS. 787). Soweit die administrativen Vorschriften des Aktienregulativs sich im Rahmen dieses Vereinsgesetzes halten, sind sie als objektive Rechtsnormen gültig und wirksam. Materiellrechtliche, als objektive Rechtsnormen unmittelbar wirksame Vorschriften über die Gründung, Einrichtung, Umänderung und Auflösung von Aktiengesellschaften konnte das Aktienregulativ als bloße Verordnung nicht erlassen. Die Mittel, um in allen diesen Punkten durch das Aktienregulativ den Grundsätzen der modernen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung und ausländischen Gesetzgebung auch in das österreichische Aktienrecht Eingang zu verschaffen, bot der Regierung die Bestimmung des Art. 208, daß zur Errichtung von Aktiengesellschaften staatliche Genehmigung erforderlich ist, die Bestimmungen § 8.

Digitized by Google

des Art. 214 HGB. und § 21 VerG., daß die staatliche Genehmigung auch für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich ist, sowie endlich der Umstand, daß die hier erwähnte staatliche Genehmigung nach freiem Ermessen der Verwaltungsbehörden erteilt und verweigert werden kann. Hiedurch erlangt die Regierung die Möglichkeit, die Bewilligung zur Errichtung oder Umänderung einer Aktiengesellschaft von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen, sie kann insbesondere die Erteilung dieser Bewilligung von einem bestimmten Inhalte des Statutes und bei der Gründung der Gesellschaft oder Abänderung des Gesellschaftsvertrages beabachteten Vorgange abhängig machen. Der wesentliche Inhalt des Aktienregulativs besteht denn auch darin, daß die Bedingungen verlautbart werden, unter denen die Verwaltungsbehörden die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft oder Abänderung des Gesellschaftsvertrages erteilen werden. Die im Aktienregulative verlautbarten Bedingungen bestehen in einem bestimmten Inhalte des Statutes, einem bestimmten bei der Gründung der Gesellschaft und bei Fassung von Beschlüssen auf Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu beobachtenden Vorgange und in der Erfüllung gewisser Formvorschriften bei Einbringung der Gesuche um staatliche Genehmigung. § 12 A. Reg. sagt, daß die staatliche Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft erteilt werden wird, wenn den Bestimmungen des Aktienregulativs entsprochen sein wird; diese Bestimmung hat jedoch bloß die Bedeutung einer unverbindlichen Vorhersagung. Die Regierung hat damit bloß eine moralische Verpflichtung, aber keine erzwingbare Rechtspflicht übernommen, unter den im Aktienregulative angeführten Voraussetzungen die Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft zu erteilen (Grünhut a. a. O.).

§ 9. Aus dieser rechtlichen Natur des Aktienregulativs ergeben sich nachstehende Konsequenzen:

a) Für die Frage des rechtsgültigen Bestehens einer Aktiengesellschaft ist maßgebend, ob die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und des VerG. vom Jahre 1852 beobachtet sind. Es ist Sache der Verwaltungsbehörden, sich vor Erteilung der staatlichen Genehmigung davon zu überzeugen, ob Statut, Gründungshergang, Form des Ansuchens den Bestimmungen des Aktienregulativs entsprechen. Ist trotz Verletzung dieser Bestimmungen in einer der angeführten Richtungen die staatliche Genehmigung erteilt, den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und Vereinsgesetzes aber entsprochen, so kann weder der Registerrichter die Eintragung verweigern, noch ein Aktionär das Bestehen der Gesellschaft anfechten. Das gleiche gilt, wenn ein Beschluß auf Abänderung des Gesellschaftsvertrages und die Änderung des Statutentextes staatlich genehmigt wurde, die Voraussetzungen des Aktienregulativs, von denen die Erteilung dieser Genehmigung abhängig gemacht erscheint, aber nicht erfüllt wurden.

b) Die Bestimmungen des Aktienregulativs, deren Aufnahme in das Statut durch das Aktienregulativ vorgeschrieben ist, kommen erst dann und nur insoweit zur Anwendung, als sie wirklich in das Statut aufgenommen wurden, also dann nicht, wenn die staatliche Genehmigung erteilt wurde, obwohl das Statut nicht den im Aktienregulative vorgeschriebenen Inhalt hatte (vollkommen übereinstimmend AmtlS. 787). Sind aber die erwähnten Bestimmungen tatsächlich in das Statut aufgenommen worden, so kommen sie nicht als objektive Rechtsnormen, sondern als statutarische

Digitized by Google

Bestimmungen in Betracht. Maßgebend ist der Text des Statutes, wenn er von dem des Aktienregulativs abweicht. Stehen Bestimmungen des Statutes mit einem im Handelsgesetzbuche enthaltenen Prohibitivgesetze im Widerspruche, so sind sie unwirksam, wenn auch das Aktienregulativ die Aufnahme dieser Bestimmungen in das Statut vorgeschrieben hat und das Statut staatlich genehmigt wurde (vergl. § 17 zu Art. 208).

c) Wird von den Organen der Gesellschaft gegen Bestimmungen, die auf Grund des Aktienregulativs in das Statut aufgenommen wurden, gehandelt, so treten die Folgen des Zuwiderhandelns gegen statutarische Bestimmungen und nicht die der Übertretung gesetzlicher Vorschriften ein.

d) Die Feststellung des Richters, was als Inhalt einer statutarischen Bestimmung anzusehen sei, ist auch dann eine tatsächliche Feststellung des bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages vorhandenen Parteiwillens, wenn die betreffende Bestimmung des Statutes auf Grund des Aktienregulativs in das Statut aufgenommen wurde und mit dem Texte des Aktienregulativs übereinstimmt; daher unterliegt eine solche Feststellung nicht der Überprüfung durch das Revisionsgericht.

8. **Die Frage nach der Art der Auslegung** des Aktienregulativs kann einmal praktisch werden, wenn die staatlichen Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben, ob die im Aktienregulative für die Erteilung der staatlichen Genehmigung aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Von bestimmten Rechtsregeln, nach welchen die Verwaltungsbehörden in diesen Fällen an die Auslegung des Aktienregulativs schreiten müssen, kann nicht gesprochen werden, da ja eine Rechtspflicht der Verwaltungsbehörden zur Erteilung der staatlichen Genehmigung auch dann nicht besteht, wenn zweifellos allen Bestimmungen des Aktienregulativs entsprochen erscheint (vergl. oben § 8). Man kann demnach nur die Frage aufwerfen, welche Art der Auslegung die Verwaltungsbehörden einzuschlagen haben, wenn sie der moralischen Verpflichtung, welche die Regierung durch Erlassung der Bestimmung des § 12, Abs. 2 A. Reg. (vergl. oben § 8 a. E.) übernommen hat, gerecht werden wollen. Die Antwort muß sein, daß im Zweifel milde auszulegen ist. Dies geht daraus hervor, daß in der Eingangsbestimmung des Aktienregulativs die Erleichterung der Errichtung von Aktiengesellschaften als Zweck der Erlassung des Aktienregulativs bezeichnet wird. Für eine strenge Auslegung kann auch nicht der Umstand sprechen, daß es sich um eine Verordnung handelt, die Reformbestrebungen Rechnung tragen und Übelständen abhelfen will; denn nach dieser Begründung müßte jedes Strafgesetz im Zweifel strenge ausgelegt werden. Wie weit die Regierung innerhalb der ihr zustehenden Verordnungsgewalt den Reformbestrebungen Rechnung tragen will, ist ihre Sache. Sind ihre Vorschriften klar, so haben sie die Verwaltungsbehörden anzuwenden, mögen sie auch noch so strenge sein; wo aber die Tragweite einer Vorschrift nicht klar erkennbar ist, wo es zweifelhaft ist, wie weit die Regierung mit Erlassung derselben hat gehen wollen, da ist der milderen Auslegung der Vorzug zu geben. Für eine richterliche Auslegung des Aktienregulativs als Rechtsquelle ist nach dem, was in den §§ 8 und 9 ausgeführt wurde, überhaupt keine Gelegenheit. Gegenstand der richterlichen Auslegung können nämlich Bestimmungen des Aktienregulativs nur dann sein, wenn deren Inhalt in das Statut oder die Zeichnungsscheine oder die Aktienurkunden aufgenommen wurde. Dann ist aber Gegenstand der richterlichen Auslegung kein Gesetz, sondern ein Vertrag, bezw. einseitige Willenserklärung einer Partei. Die **§ 10.**

Digitized by Google

Auslegung folgt daher nicht den Regeln über die Auslegung von Gesetzen, sondern denen über die Auslegung von Verträgen; daher gelangen die §§ 914, 915 ABGB. zur Anwendung. Bei der Auslegung des Parteiwillens wird allerdings im Zweifel angenommen werden müssen, daß der Wille bestand, bei Abfassung des Statutes und Festsetzung des Inhaltes der Zeichnungsscheine und Aktienurkunden den bezüglichen Bestimmungen des Aktienregulativs gerecht zu werden.[8])

§ 11. II. **Die Erläuterung des Art. 207.**

Der vorliegende Artikel gibt die begrifflichen Merkmale der Aktiengesellschaft an[9]) (Abs. 1 und 2) **und enthält Grundbestimmungen über Aktien und Aktienanteile** (Abs. 3 und 4). Die letzteren stehen nicht in einem so engen Zusammenhange mit den ersteren, daß ihre gemeinsame gesetzliche Regelung in einem und demselben Artikel geboten erschien.

§ 12. 1. (Abs. 1 und 2.) **In den beiden Absätzen sind die begrifflichen Merkmale der Aktiengesellschaft gegeben.** Zum Wesen der Aktiengesellschaft gehört zunächst nach Abs. 1, daß keiner der Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Sie ist infolgedessen juristische Person. Wir erblicken ja das Wesen der juristischen Person schon darin, daß nicht alle Mitglieder einer Vereinigung persönlich haften und doch die ganze Vereinigung persönlich haftet (§ 2 zu Art. 173). Wenn daher kein Mitglied einer in das Verkehrsleben tretenden Vereinigung für die Verbindlichkeiten derselben persönlich haften, die Vereinigung aber doch haften soll, so ist ganz eminent der Fall gegeben, für welchen das Recht zu dem Auskunftsmittel der juristischen Persönlichkeit als des fingierten, gedachten Rechtssubjektes, der Trägerin der Verbindlichkeiten greift. Auf die juristische Persönlichkeit scheint auch das Gesetz ausdrücklich hindeuten zu wollen, wenn es in Art. 213 sagt: die Aktiengesellschaft habe „als solche" ihre Rechte und Pflichten, was viel weiter geht, als die bei den anderen Handelsgesellschaften vorgesehene Möglichkeit des Rechtserwerbes und der Pflichtenübernahme unter eigener Firma. So ist es denn auch herrschende Ansicht, daß die Aktiengesellschaft juristische Person ist (vergl. Goldschmidt, System, § 42; Laband in GZ. 30, S. 469 bis 532; 31, S. 1 bis 62; Behrend, § 62, Nr. I, und § 96, III.; Cosack, S. 542; Gareis, Handelsrecht, § 36; Endemann, Handelsrecht, § 61; v. Hahn, § 1 zu Art. 213; Keyßner, Anm. 2; Esser, Anm. 1 zu Art. 213; Lehmann-Ring I., S. 373; Petersen und Pechmann, S. 323; Renaud, Aktiengesellschaften, §§ 9 bis 16; Krainz-Ehrenzweig, § 80; Pollitzer, S. 235; Blaschke-Pitreich, S. 191; Randa, II., S. 17, 30; RDHG. 22, S. 241; RG. 6, S. 71; 7, S. 69; 23, S. 202;

---

[8]) Das d. HGB. behandelt die Aktiengesellschaften im dritten Abschnitte des zweiten Buches (§§ 178 bis 319). Grundlegende Änderungen gegenüber der Aktiennovelle vom Jahre 1884 wurden nicht vorgenommen. Einen bedeutenden Einfluß auf den aktienrechtlichen Verkehr üben die Vorschriften der deutschen Börsegesetzgebung über Emission von Wertpapieren, Kursfeststellung usw. aus (vergl. Denkschrift, S. 145). Bemerkenswert ist die große Anzahl der Strafvorschriften; die §§ 312 bis 319 enthalten solche. Die Aktienkommanditgesellschaft ist im d. HGB. nach der Aktiengesellschaft im vierten Abschnitte des zweiten Buches (§§ 320 bis 334) geregelt, und zwar größtenteils durch Bezugnahme auf die für die Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften. Eine kurzgefaßte Übersicht über die Bestimmungen des d. HGB. über Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften siehe bei Strauß, Die Reform des deutschen Handelsrechtes und ihre Bedeutung für Österreich, S. 39 bis 62.

[9]) Das d. HGB. enthält keine Definition einer Aktiengesellschaft; ein praktisches Bedürfnis nach einer solchen besteht auch nicht (vergl. Denkschrift, S. 146).

Digitized by Google

dagegen Canstein, I., S. 442. Behrends und Goldschmidts Begründung, daß die Möglichkeit des Mitgliederwechsels entscheide, kann allerdings auch hier nicht beigetreten werden [vergl. § 2 zu Art. 150], da es Aktiengesellschaften gibt, bei denen die Übertragung der Mitgliedschaft ebenso erschwert ist, wie bei der offenen Handelsgesellschaft [Art. 182, Abs. 3, 223]).[10])

Ist nun aber die Aktiengesellschaft juristische Person, und damit für die Definition derselben das genus proximum gewonnen, so fragt es sich weiter, wodurch sich diese juristische Person von jeder anderen unterscheidet, mit anderen Worten: Worin liegt die differentia specifica?

Dieselbe besteht in drei Momenten.

Das erste unterscheidende Merkmal ist, daß keines der Mitglieder persönlich haftet. Daß nicht alle haften, macht sie zur juristischen Person, daß keines haftet, unterscheidet sie von der Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei welcher neben der Gesellschaft der Komplementar für die Vereinsschulden persönlich haftet (vergl. § 2 zu Art. 173).

Das zweite unterscheidende Merkmal ist, daß sämtliche Gesellschafter sich mit Einlagen beteiligen. Das hat eine doppelte Bedeutung. Einmal, daß die Mitgliedschaft a priori nur begründet werden kann durch Einlegung eines Vermögenswertes. Es gibt Korporationen genug, bei denen die Mitgliedschaft ohne dieses Erfordernis entsteht. Man denke nur an die öffentlichen Korporationen, Staat, Gemeinde und Kirche. Aber die andere Bedeutung des Merkmales liegt darin, daß die Gesellschafter sich nur mit Einlagen beteiligen. Hiemit will der Gesetzgeber nicht ausdrücken, daß, wie beim Kommanditisten, durch die Einlage die Grenze der Haftung nach außen fixiert wird. Denn eine Haftung nach außen findet ja hier nicht statt. Damit soll hier vielmehr ausgedrückt werden, daß dem Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft keine anderen und keine höheren Pflichten begrifflich obliegen können, als die Einbringung der Einlage, und daß hiemit sich seine Verpflichtung gegen die Gesellschaft erschöpft. Diese Vorschrift hat der Gesetzgeber zum wesentlichen Merkmale erhoben, um dem Mitgliedsrechte diejenige Gestaltung zu geben, die ihm vorschwebte, nämlich die Qualität eines möglichst leicht übertragbaren Verkehrsobjektes, und nur zur Bestätigung dieses Erfordernisses dient es, wenn Art. 219 nochmals vorschreibt, daß die Verpflichtungen des Aktionärs sich in seiner Einlage erschöpfen. Daß dieses Moment zum Wesen der Aktiengesellschaft gehört, hebt auch das Reichsgericht Bd. 21, S. 156 hervor (vergl. § 1 zu Art. 219). Zahlreiche andere juristische Personen haben diese Vertragsbeschränkung

[10]) Da die Aktiengesellschaft eine juristische Person ist, so ist in Wahrheit deren Firma die Firma eines Einzelkaufmannes. Das Gesetz hat aber die Konsequenz durchbrochen. Denn aus Art. 18 geht hervor, daß es die Firma einer Aktiengesellschaft als Gesellschaftsfirma ansieht und dementsprechend ist auch die Firma einer Aktiengesellschaft in das Gesellschaftsregister einzutragen (vergl. § 1 zu Art 12); hierin erblickt Canstein (a. a. O.) auch ein Argument gegen die juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaft. Der Wortlaut des Art. 18 kann jedoch ebensowenig wie der des Art. 207, der von Gesellschaft spricht, entscheidend sein, wenn nach anderen Bestimmungen des HGB. in der Aktiengesellschaft die wesentlichen Elemente einer juristischen Person vereinigt erscheinen. Die Vdg. vom 9. März 1863, RGBl. 27, die die Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister vorschrieb, könnte überhaupt keine authentische Interpretation des HGB. bieten. Nach § 1 der Vdg. vom 26. April 1906, RGBl. 89, sind Aktiengesellschaften in die Abteilung B des Handelsregisters einzutragen. Zur Frage ob die Firma eine Aktiengesellschaft als Gesellschaftsfirma oder als Firma eines Einzelkaufmannes anzusehen ist, nimmt die erwähnte Vdg. keine Stellung.

Digitized by Google

nicht, es sei nur an die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit mit ihrer Zuschußpflicht erinnert.

Aber diese Kriterien sind nicht die einzigen Merkmale, welche diese juristische Person von anderen unterscheidet. Eine juristische Person wird dadurch noch nicht zur Aktiengesellschaft, daß sie ihren Mitgliedern eine fest begrenzte Einlageverpflichtung auferlegt. Vielmehr gibt der Gesetzgeber noch ein unterscheidendes Kriterium an. Dasselbe ist in Abs. 2 dieses Artikels enthalten und lautet: „Das Gesellschaftskapital wird in Aktien oder auch in Aktienanteile zerlegt." (Daß diese Worte zu den Begriffsmerkmalen der Aktiengesellschaft gehören, nimmt auch das Reichsgericht a. a. O. an.) Unter Gesellschaftskapital ist nicht das in seinem Bestande und Werte stets wechselnde jeweilige Vermögen der Gesellschaft zu verstehen, sondern das statutenmäßig normierte Einlagekapital, mit welchem die Gesellschaft gegründet wird, das Grundkapital, welchen Ausdruck auch die Art. 209, Z. 4, 248 gebrauchen (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 321 und jetzt § 178 d. HGB.). Das Aktienregulativ verwendet für diesen Begriff den Ausdruck „Aktienkapital" (vergl. z. B. § 24 und Überschrift zu §§ 16, 18, 24).

Danach wäre das Kriterium darin zu erblicken, daß das von den Gesellschaftern eingelegte Kapital in einzelne Beträge zerlegt wird und in dieser Weise das Beteiligungsverhältnis der Mitglieder an den Ergebnissen der Gesellschaft zum Ausdrucke kommt.

Allein die solchergestalt im Gesetz erfolgte, von den Auslegern und auch von der Rechtsprechung (vergl. z. B. RG. 17, S. 14) adoptierte Formulierung des Kriteriums erweist sich als unpräzis, wenn man die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes in Betracht zieht. Nicht immer wird nämlich gerade die Summe dessen, was eingelegt ist, in einzelne Beträge zerlegt, um das Beteiligungsverhältnis zu fixieren. Denn da man unter Einlage füglich nichts anderes verstehen kann, als denjenigen Vermögenswert, den der Gesellschafter vertragsmäßig an die Gesellschaft zu leisten hat, damit derselbe ein Teil des Gesellschaftsvermögens werde, als solcher den Zwecken der Gesellschaft diene und für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, auf dessen Rückgabe er keinen Anspruch hat und dessen Äquivalent in seinem Mitgliedsrechte liegt, so wird bei der Überpariemission (§ 28, Abs. 10 A. Reg.) mehr eingelegt, als diejenige Grundziffer beträgt, welche in einzelne Beträge zerlegt wird, um das Beteiligungsverhältnis der einzelnen Gesellschafter zu fixieren. Und bei der Unterpariemission, welche jedenfalls als historische Erscheinung für die begriffliche Erörterung herangezogen werden kann, wird umgekehrt weniger eingelegt, als jene Grundziffer betrug.

So entspricht die in Teilbeträge zerlegte Grundziffer nicht notwendig der Summe der in Wahrheit eingelegten Vermögenswerte; und es ist daher nicht korrekt, wenn der Gesetzgeber sagt: das Einlagekapital wird in Aktien zerlegt. Nicht das Einlagekapital wird in Aktien zerlegt, nicht darin also besteht das spezifische Wesen der Aktiengesellschaft, ihr Unterschied von anderen juristischen Personen, sondern darin, daß das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter zum Ausdrucke gebracht wird in Teilbeträgen irgend einer Grundziffer. Diese Formulierung mag allerdings auf den ersten Augenblick befremden. Es erscheint einerseits für ein unterscheidendes Kriterium zu äußerlich, das innere Wesen einer juristischen Person nicht berührend; und andrerseits erscheint es willkürlich, daß die

Digitized by Google

Zerlegung einer anscheinend beliebigen Grundziffer das Anteilsverhältnis ausdrücken soll.

Allein so äußerlich das Kriterium auch erscheinen mag, so hohe Bedeutung hat es für den Verkehr. In Verbindung mit dem anderen Momente, daß die Einlage die Verpflichtung des Aktionärs erschöpft, liegt die Bedeutung der Aktie als eines Wertpapieres darin, daß ihr Wert nicht ausgedrückt wird in einer Quote des Gesellschaftsvermögens — was de lege ferenda schon oft befürwortet wurde (vergl. Randa II., S. 51; Silbernagel, S. 74) — sondern in einer bestimmten Ziffer.

Andrerseits birgt dieses Moment große Gefahren in sich, weil eine solche fixe Ziffer den Schein erweckt, als stelle die Aktie einen unwandelbaren Vermögenswert dar, der dieser Ziffer gleichkommt, und als sei ein jener Grundziffer entsprechender Barbetrag von Anfang an vorhanden gewesen und stets vorhanden.

Den Gefahren, die dieser Schein in sich birgt, sucht der Gesetzgeber durch seine Einzelbestimmungen vorzubeugen.

Insbesondere hat das Aktienregulativ (§ 28, Abs. 4) in dieser Hinsicht die Unterpariemission verboten[11]) und damit die Wahl der Grundziffer der Willkür entrückt, womit allerdings einem unhaltbaren Zustand ein Ziel gesetzt wurde. Denn ohne Verbot der Unterpariemission kann, wenn nur 100.000 Kronen eingelegt wurden, das Grundkapital auf 200.000 Kronen angegeben werden. Die Aktien wurden eben 50 Prozent unter Pari ausgegeben. Nach dem Aktienregulativ muß die Grundziffer mindestens ebenso groß sein, wie das eingelegte Kapital; das soll eine Gewähr dafür sein, daß wenigstens bei Entstehung der Gesellschaft ein der gewählten Grundziffer entsprechender Wertbetrag zum Gesellschaftsvermögen gehört.

Begrifflich bleibt jene Grundbeteiligungsziffer auch beim Verbote der Unterpariemission noch eine fiktive Ziffer. Ist sie es im eminenten Sinne bei Gestattung der Unterpariemission, so ist sie es, wenn auch nicht in so flagranter Weise, in anderer Hinsicht auch sonst. Sie ist es zunächst bei jeder Überpariemission. Denn wenn mehr eingelegt ist, als die Grundziffer der Beteiligung angibt, so ist in solchem Falle das, was der Gesetzgeber Einlagekapital nennt, nicht die Summe der Einlagen, sondern eine von den Schöpfern der Gesellschaft willkürlich gewählte Ziffer, welche bei Fixierung des Beteiligungsverhältnisses in Betracht kommen soll.

Jene Grundziffer oder, wie das Gesetz sagt, das Grundkapital, ist ferner eine fiktive Ziffer immer dort, wo Sacheinlagen gemacht werden. Schätzungen sind und bleiben ewig Meinungssachen, keine objektiv feststehenden, unverrückbaren Begriffe. Mindestens aber ist bei jeder Abweichung vom wahren Werte, nach unten oder nach oben, das sogenannte Grundkapital eine fiktive Ziffer; denn es ist dann mehr oder weniger eingelegt, als die Ziffer des Grundkapitals anzeigt.

Und endlich wird jedes Grundkapital eine fiktive Ziffer in dem Augenblicke, wo die Gesellschaft ihre Geschäfte beginnt. Gesetzt, die Gesellschaft erhielte bei ihrer Entstehung einen dem Grundkapitale genau entsprechenden Barbetrag, so ist doch dieser Betrag in dem Augenblicke, wo die Gesellschaft ihr Geschäftsleben beginnt, einem unaufhörlichen Wechsel ausgesetzt,

---

[11]) Dieselbe ist richtiger Ansicht nach auch nach dem Handelsgesetzbuche verboten (Renaud, 2. Aufl., S. 431; Behrend, S. 392, Note 17; vergl. auch Silbernagel, S. 160; dagegen Anschütz-Völderndorff II., S 530; vergl. § 1 zu Art. 222).

Digitized by Google

und jene ein- für allemal festgesetzte Grundziffer, genannt Grundkapital, wird zur Fiktion. Sie bedeutet kein Recht im juristischen Sinne, sondern sie ist nur ein Rechnungsfaktor, die Grundziffer einer Berechnung. Sie bedeutet, daß die einzelnen Gesellschafter in demjenigen Verhältnis an den Ergebnissen der Gesellschaft teilnehmen sollen, in welchem der Betrag ihrer Aktien zu der ein- für allemal festgesetzten Grundziffer steht.

Nach alledem ist die Aktiengesellschaft diejenige juristische Person, bei welcher sich die Mitglieder ohne persönliche Haftung nur mit einer festbegrenzten Vermögenseinlage beteiligen und bei welcher das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter an den Ergebnissen der Gesellschaft angegeben wird durch Teilbeträge einer Grundziffer, deren Höhe, sofern die Unterpariemission verboten ist, der Summe der Einlagen mindestens gleichkommen muß.

Ein tatsächlich bestehender Verein, auf den die Begriffsmerkmale der Aktiengesellschaft zutreffen, kann von der Verwaltungsbehörde angewiesen werden, die gesetzlichen Voraussetzungen des rechtlichen Bestehens einer Aktiengesellschaft nachzuweisen (Budw. 1183 A).

§ 13. 2. (Abs. 3 und 4.) **Grundbestimmungen über die Aktie und den Aktienanteil.** Unter der Aktie versteht das Gesetz sowohl das Mitgliedsrecht des Aktionärs, als auch die dasselbe verbriefende Urkunde. Die Ausgabe von Aktienurkunden ist obligatorisch. Zwar ist das nicht expressis verbis zum Ausdrucke gebracht, dennoch folgt es deutlich aus den Vorschriften des Gesetzes, so insbesondere aus dem vorliegenden Artikel Abs. 4 (vergl. ferner Art. 209, Nr. 5, 223; ROHG. 19, S. 232; Behrend, § 117; Petersen und Pechmann, S. 14; für Namensaktien abweichend Förtsch, Anm. 3 zu Art. 182 und Kayser, Anm. 15). Es geht ferner aus dem Gesetze hervor, daß über jede Aktie eine Urkunde ausgestellt werden muß, nicht eine Urkunde über mehrere Aktien, was Keyßner in GZ. 32, S. 256, und Ring, Anm. 6 für zulässig halten. Als Trägerin des verbrieften Rechtes hat die Aktie die Bedeutung einer selbständigen Sache (RG. 22, S. 129). Alles das bedeutet aber nicht, daß etwa der Staat die Ausgabe der Urkunden erzwingen könnte, etwa zur Vermeidung von Kriminal- oder Stempelstrafen, sondern nur, daß jeder Aktionär die Ausgabe der auf ihn entfallenden Aktien verlangen kann. Aber Aktionär ist er schon vorher (RG. 31, S. 17) und wenn alle Aktionäre damit einverstanden sind, so bleibt es bei der Nichtausgabe von Aktien. Die Aktiengesellschaft kann auch so funktionieren; die Aktienrechte können auch ohne Bildung von Aktienurkunden veräußert werden; die Legitimation der Aktionäre wird dann auf andere Weise geführt (RG. 34, S. 110; vergl. auch Johow 14, S. 27). Die Aktiengesellschaft kann sich auch wieder auflösen, ehe sie Aktienurkunden ausgegeben hat (AdlCl. 1285; vergl. auch den Fall in RG. 34, S. 110). Der Aktienanteil ist, wie die Aktie selbst, Teil des gesellschaftlichen Grundkapitals und daher selbst Aktie (Hahn, § 2 zu Art. 207). Die statutenmäßige Zulassung der Ausgabe von Aktienanteilen hat den Zweck, bei einem im Statute festgesetzten hohen Nominalbetrag der Aktien die Beteiligung an dem Unternehmen mit kleineren Kapitalien zu ermöglichen. Eine Umgehung der Vorschriften über den Mindestnominalbetrag durch Ausgabe von Aktienanteilen ist nicht möglich, da nach § 27 A. Reg. derselbe Mindestnominalbetrag für Aktienanteile wie für Aktien gilt. Der einzige rechtliche Unterschied zwischen Aktie und Aktienanteil besteht darin, daß im Zweifel erst die Innehabung so vieler Aktien-

Digitized by Google

anteile, daß deren Nennbetrag dem Nennbetrage einer Aktie gleichkommt, das Stimmrecht einer Aktie gewährt (Hahn, § 6 zu Art. 224, Anm. 2). Wenn daher ein Gesetz, wie z. B. § 252 d. HGB., bestimmt, daß jeder anteilsberechtigte Aktionär ein Stimmrecht haben muß, so entfällt die Möglichkeit der Ausgabe von Aktienanteilen (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 322). Weder das geltende Handelsgesetzbuch noch das Aktienregulativ hat dieses demokratische Prinzip aufgenommen, daher erklärt auch § 25 A. Reg. die Ausgabe von Aktienanteilen grundsätzlich für zulässig (Abs. 1), gestattet jedoch die Aufnahme einer bezüglichen Bestimmung in das Statut nur aus besonderen Gründen (Abs. 4). Die weitere Bestimmung des § 25, Abs. 4, daß die Ausgabe von Aktienanteilen nur zulässig ist, wenn das Statut eine derartige Bestimmung enthält, und daß der Nennbetrag der Aktienanteile im Statute ziffermäßig bestimmt sein muß, wiederholt nur das, was sich bereits aus Art. 207, Abs. 1, und Art. 209, Z. 4 ergibt.

a) (Abs. 3.) **Die Aktien und Aktienanteile sind unteilbar.** Das in der Aktie oder dem Aktienanteile verkörperte Recht tritt der Gesellschaft als Einheit gegenüber und soll das unbedingt. Weder kann der Aktionär dies ändern, noch die Gesellschaft. Nicht der Aktionär; er vermag nicht nach seinem Willen durch Austeilung von Anteilscheinen das Aktienrecht derart zu teilen, daß der Gesellschaft nunmehr mehrere gegenübertreten, um ihre Rechte teilweise geltend zu machen; noch kann auch die Gesellschaft dies tun. (Der Kreierung von Dividenden- und Genußscheinen stehen aber diese Grundsätze nicht entgegen; vergl. hierüber § 5 zu Art. 216.) **§ 14.**

Auch eine ideelle Teilbarkeit der Aktie ist der Gesellschaft gegenüber nicht möglich. Erwerben daher mehrere zusammen eine Aktie, so müssen sie sich darüber einigen, wer der Gesellschaft gegenüber als Berechtigter auftritt; so insbesondere beim Übergang einer Aktie auf mehrere Erben. Nicht entgegen aber steht diese Erwägung dem Erwerbe einer Aktie durch eine offene Handelsgesellschaft, da diese nach dem Handelsgesetzbuche als formelle Einheit gilt. Es kann daher sehr wohl eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft Aktionär sein, sicherlich aber auch eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, da diese ja ein selbständiges Rechtssubjekt darstellt, nicht aber eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes.

Die Beteiligung eines Dritten an einem Aktienrechte ist hienach nur möglich außerhalb des Verhältnisses zur Gesellschaft. Es bleibt ein Internum zwischen dem Aktionär und dem Dritten, erzeugt aber zwischen diesen wirksame Rechte und Pflichten (Ring, Anm. 4). Wenn das Aktienregulativ in § 25, Abs. 5 die Bestimmung des Art. 207, Abs. 3 wiederholt, so will es damit sagen, daß einer statutarischen Bestimmung, welche dem Art. 207, Abs. 3 zuwiderläuft, die staatliche Genehmigung nicht erteilt werden wird; daher ist aber auch die erwähnte Bestimmung des Aktienregulativs gegenstandslos. Denn die Bestimmung des Art. 207, Abs. 3 über die Unteilbarkeit der Aktien und Aktienanteile ist zwingendes Recht und daher wäre eine dieser Vorschrift widersprechende, wenn auch staatlich genehmigte Statutenbestimmung wirkungslos.

b) (Abs. 4.) **Die Aktien können auf Namen oder auf Inhaber lauten.** Das ist die einzige Vorschrift über die Form der Aktien (vergl. unten **§ 15.**

Digitized by Google

§§ 17 ff.). Dieselbe Gesellschaft kann auch beide Arten von Aktien ausgeben (Art. 209, Nr. 5). Die Namensaktie ist ein sogenanntes Orderpapier und als solches durch Indossament, auch durch Blankoindossament übertragbar. Es kann aber das Statut bestimmen, daß die Veräußerung nur mit Genehmigung der Gesellschaft gestattet ist (§ 2 zu Art. 182, kommentiert bei Art. 223). Der Name muß der einer bestimmten physischen oder juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft sein (vergl. oben § 3), beim Einzelkaufmann kann die Aktie auch auf seine Firma lauten (Art. 15). Die Stellung auf Inhaber macht die Aktie zum Inhaberpapier. Aus dieser Eigenschaft werden im Verlaufe der Darstellung wichtige Folgerungen gezogen werden (vergl. § 5 zu Art. 183, kommentiert hinter Art. 223). Doch greifen die Grundsätze der Schuldverschreibungen auf den Inhaber nicht schlechtweg Platz (vergl. Budwinski 10.828).

§ 16. **Zusatz 1.**

Zu Abs. 4.

a) **Die hier gegebene Vorschrift, daß die Aktie auf Namen oder Inhaber lauten kann, ist die einzige Bestimmung des Gesetzes über den Inhalt der Aktie.** Welchen Inhalt sonst die Aktienurkunde haben müsse, um gültig zu sein, sagt das Gesetz nicht. Erforderlich ist nichts weiter, als eine Erklärung, durch welche das Recht der Mitgliedschaft von der betreffenden Aktiengesellschaft bestätigt wird, und die Angabe des auf die einzelne Aktie entfallenden Teilbetrages der gewählten Grundziffer, also die Angabe des Aktienbetrages. Nicht wesentlich ist das Datum, weder ob es daraufgesetzt ist, noch wie es lautet. Ja nicht einmal die Unterschrift ist wesentlich. Denn wenn man auch aus den Vorschriften des Gesetzes mit Sicherheit folgern kann, daß es die Ausstellung von Aktienurkunden obligatorisch vorschreiben will (vergl. oben § 2), so kann man doch nicht weiter gehen und auch das noch folgern, daß die Urkunden auch unterschrieben sein müssen. Vielmehr wird man sich beim Mangel der Aufstellung weiterer Erfordernisse mit den Minimalerfordernissen einer Urkunde begnügen müssen. Zu diesen Minimalerfordernissen gehört aber die Unterschrift nicht (vergl. § 294 ZPO. und Motive hiezu [Mat. I., S. 306]).[12]) Um so mehr sind daher Aktienurkunden mit faksimilierten Unterschriften gültig, denn diese sind als Unterschriften zu betrachten, welche, wenn auch nicht eigenhändig, so doch mit dem Willen des Ausstellers hergestellt sind (vergl. RG. 14, S. 97; Bolze 1, Nr. 681; 2, Nr. 686, und Hanke in Deutsche Jur. Ztg. 1900, S. 549; Randa II., S. 62[13]); vergl. jetzt § 181 d. HGB.). Auch aus Art. 229 folgt nichts Gegenteiliges. Dort ist nur bestimmt, wie die Unterschrift des Vorstandes lauten müsse, damit

[12]) Der oft behauptete Widerspruch zwischen den Motiven und dem Wortlaute des Gesetzes besteht nicht. Die Motive haben die privatrechtliche Gültigkeit der Urkunde im Auge und erklären deren Vollziehung durch Stampiglierung für genügend. Das Gesetz wiederum stellt das Erfordernis der Unterschrift nicht als Bedingung für die privatrechtliche Gültigkeit, sondern der vollen Beweiskraft der Urkunde auf. Urkunden, deren Unterschrift durch Stampiglierung oder mechanische Vervielfältigung hergestellt ist, können zwar privatrechtlich gültig sein, nur kommt ihnen nicht die besondere, in § 294 ZPO. normierte Beweiskraft zu. Der Richter hat vielmehr deren Beweiskraft nach § 294 ZPO. zu beurteilen.

[13]) Randa erklärt die mechanische Unterfertigung unter Hinweis auf die Verkehrssitte für zulässig. Vergl. auch § 132 des Entw. zur Zivilgesetznovelle: „. . . Eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege ist nur da genügend, wo sie im Geschäftsverkehre üblich ist."

Digitized by Google

sie die Gesellschaft verpflichtet, nicht aber, daß alle urkundlichen Erklärungen der Gesellschaft unterschrieben sein müssen. Praktisch und üblich ist es ja, daß das Statut die Form der Aktien vorschreibt. Hinsichtlich der Unterschrift wird dabei meist das Faksimile der Gesellschaftsvertreter für genügend erklärt. Wo das Statut die Form aber nicht vorschreibt, da hat der Vorstand die Form nach seinem Ermessen zu wählen.

b) **Eingehende Vorschriften über die Form der Aktienurkunden enthält das Aktienregulativ**, indem § 29, Abs. 1 ein dem Statute beizuschließendes Aktienformular vorschreibt und die folgenden Absätze Bestimmungen über den Inhalt des Aktienformulares enthalten. § 17.

α) (§ 29, Abs. 1.) Das Formular der auszugebenden Aktien hat einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages zu bilden und muß, damit die staatliche Genehmigung letzterem erteilt wird, den in den folgenden Absätzen vorgeschriebenen Inhalt haben. § 18. Das ist der Sinn der nicht ganz genau gefaßten Vorschrift des Abs. 1, daß das der staatlichen Genehmigung unterliegende Aktienformular dem Statute beizuschließen ist. Würde man nämlich die Verordnung wörtlich dahin auffassen, daß bloß ein äußerlicher Zusammenhang zwischen der Urkunde über den Gesellschaftsvertrag und dem Aktienformulare notwendig ist, so bestände gar keine privatrechtliche Sanktion dafür, daß die ausgegebenen Aktien wirklich dem vorgeschriebenen Inhalte des Aktienformulares entsprechen, und das Erfordernis der staatlichen Genehmigung des letzteren wäre zwecklos. Die Statuten der meisten Gesellschaften enthalten die Bestimmung: „Die Aktien werden nach dem Formulare I ausgefertigt" oder eine ähnliche Bestimmung. Hiedurch erscheint die in dem bezogenen Formulare ersichtliche Form der Aktien als die statutarisch festgesetzte und das Formular zu einem Bestandteile des Statutes gemacht. Wenn dies der Fall ist, so ist zwischen der Aktiengesellschaft einerseits und jedem, der derselben als Aktionär oder Zeichner beitritt, eine bestimmte Form für die Aktienurkunden vereinbart, was zur Folge hat, daß die unter Verletzung dieser gewillkürten Form ausgestellten Aktienurkunden nichtig sind (dagegen Lehmann I., S. 201; vergl. § 7 zu Art. 317). Die Gesellschaft hat durch Ausstellung einer solchen formwidrigen Aktie ihre ihr gegenüber dem Zeichner obliegende Verpflichtung auf Lieferung einer Aktie nicht erfüllt; dem Zeichner ist sein Recht auf Ausstellung einer dem Aktienformulare entsprechenden Aktie nicht benommen. Ob daneben eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Zeichner besteht, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Eine besondere Schadenersatzpflicht gegenüber dem jeweiligen Besitzer besteht mangels einer gesetzlichen Bestimmung hier nicht.

β) (§ 29, Abs. 2 bis 3.) Über den Inhalt des Aktienformulares ist folgendes bestimmt: § 19.

αα) (Zu § 29, Abs. 2.) Die Zeichnung der Aktienurkunden muß eine firmamäßige sein. Als Ordnungsvorschrift besteht die Vorschrift schon von Gesetzes wegen (vergl. Art. 229). Daß dieser Bestimmung entsprechend das einen Teil des Statutes bildende Formular abgefaßt sein muß, bewirkt, daß Aktien, deren Zeichnung keine firmamäßige ist, nichtig sind (vergl. oben § 6). Daß das Statut besondere Vorschriften über die Unterzeichnung der Aktienurkunden treffen kann, bei deren Außerachtlassung die Aktienurkunden nichtig sind, ist selbst-

Digitized by Google

verständlich. Die Hervorhebung der Zulässigkeit solcher statutarischer Bestimmungen im Aktienregulativ hat die Bedeutung, daß die Erteilung der staatlichen Genehmigung auch einem Statute, das derartige Bestimmungen enthält, in Aussicht gestellt wird. Oben bei § 16 wurde ausgeführt, daß handschriftliche Vollziehung der Aktienurkunden schon von Gesetzes wegen zu deren privatrechtlicher Gültigkeit nicht notwendig ist. Nur unter der Voraussetzung, daß diese Ansicht richtig ist, ist die Bestimmung des Aktienregulativs, daß das Statut bestimmen kann, daß die eigenhändige Unterschrift der Aktienurkunden durch mechanische Vervielfältigung ersetzt werden kann, von Bedeutung; andernfalls wäre die nicht eigenhändig unterschriebene Aktienurkunde trotz staatlich genehmigter Statutenbestimmung nichtig. Die Bedeutung der gegenständlichen Bestimmung des Aktienregulativs liegt denn auch nicht darin, daß es eine von Gesetzes wegen nicht schon statthafte Form der Vollziehung der Aktienurkunden zuläßt, sondern daß es die staatliche Genehmigung einem solchen Statute in Aussicht stellt, das von der schon nach dem Gesetze bestehenden Möglichkeit, von der eigenhändigen Unterschrift der Aktienurkunden abzusehen, Gebrauch macht; jedoch läßt das Aktienregulativ dies nur dann zu, wenn die eigenhändige Unterschrift durch mechanische Vervielfältigung derselben (Faksimilierung) ersetzt werden soll. Nach dem Gesetze wäre auch Stampiglierung genügend (vergl. oben § 16). Nach dem Aktienregulativ würde aber einem Statut, welches den Ersatz der Unterschrift durch Stampiglierung zuläßt, nicht die staatliche Genehmigung erteilt werden.

§ 20. ββ) (Zu § 29, Abs. 3.) Wann das Aktienformular der Bestimmung des Abs. 2 entspricht, ist Sache der Entscheidung des einzelnen Falles.

§ 21. γγ) (Zu § 29, Abs. 3, Z. 1.) Das Statut kann für die Unterzeichnung der Aktienurkunden besondere Vorschriften treffen, bei deren Außerachtlassung die Aktienurkunde nichtig ist (vergl. oben § 18). Diese Nichtigkeit würde auch eintreten, wenn der Text des Aktienformulares und der einzelnen Urkunden dieser Bestimmungen keine Erwähnung täte. Abs. 3, Z. 1 hat demnach gar keine privatrechtliche Bedeutung; er bezweckt bloß den Aktionär in die Möglichkeit zu versetzen, sofort sich Kenntnis zu verschaffen, ob seine Aktienurkunde gültig ist.

§ 22. δδ) (Zu § 29, Abs. 3, Z. 2.) An das Erfordernis, welches das Statut für die Rechtswirksamkeit der Übertragung von (Namens-) Aktien aufstellt, wäre auch jeder Aktieninhaber gebunden, ohne Rücksicht darauf, ob der Text der Aktienurkunde hievon etwas enthält. Das Aktienregulativ schreibt aber die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in den Text der Aktienurkunde vor. Ist in dieser Weise das Aktienformular festgesetzt, so hat die Ausgabe einer Aktienurkunde, in deren Texte von dem im Statute für die Rechtswirksamkeit der Übertragung festgesetzten Erfordernisse nichts erwähnt wird, nicht etwa die Wirkung, daß der Inhaber der Aktie an die statutarische Übertragungsbeschränkung nicht gebunden ist, sondern die Wirkung, daß die Aktienurkunde nichtig ist, weil sie der im Statute festgesetzten Form nicht entspricht.

§ 23. εε) (Zu § 29, Abs. 3, Z. 3.) Enthält der Text der Aktienurkunde nicht entsprechend dem Aktienformulare die Bestimmungen über Art und Umfang der wiederkehrenden Leistungen, zu denen die Aktionäre ver-

Digitized by Google

pflichtet sind, so hat dies nicht die Folge, daß der betreffende Aktionär zu diesen Leistungen nicht verbunden ist, sondern daß die dem Aktienformulare nicht entsprechende Aktienurkunde nichtig ist.

ζζ) (Zu § 29, Abs. 3, Z. 4.) Die Bestimmung bezieht sich bloß auf die Aktiengattung (vergl. hierüber § 10 zu Art. 209), nicht auf die Aktienart. Ob die einzelne Aktie Inhaber- oder Namensaktie ist, braucht im Texte der Urkunde nicht besonders hervorgehoben zu werden, da dies aus dem Inhalte der Urkunde von selber hervorgeht. **§ 24.**

ηη) (Zu § 28 a. E.) Die Ausgabe von nicht voll einbezahlten Namensaktien ist nach dem Handelsgesetzbuche zulässig, nach dem Aktienregulativ (§ 28, Abs. 6) jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen zu gestatten. Ist dies der Fall, so muß nach § 28 a. E. in das Statut eine Bestimmung aufgenommen werden, daß der Betrag der geleisteten Einzahlungen auf den Aktientitres ersichtlich zu machen ist. Eine gegen diese Statutenbestimmung verstoßende Aktienurkunde ist nichtig. **§ 25.**

Zusatz 2. **§ 26.**

Ein Mindestnennbetrag für die Aktien und Aktienanteile ist im Handelsgesetzbuche nicht festgesetzt.[14]) Hier greift nun § 27 A. Reg. ein, indem in Abs. 1 ein Mindestnennbetrag für den Regelfall festgesetzt (Abs. 1), unter bestimmten Voraussetzungen ein Heruntergehen (bis zu einer bestimmten Grenze) unter den im Abs. 1 festgesetzten Mindestnennbetrag gestattet (Abs. 2) und eine Bestimmung getroffen wird zum Zwecke der Verhütung, daß während des Bestehens der Gesellschaft der Nennbetrag der Aktien unter die festgesetzte Grenze sinkt (Abs. 3). Die Bedeutung dieser Vorschriften besteht darin, daß einem Statute, welches einen geringeren als den nach § 27 A. Reg. zulässigen Nominalbetrag der Aktien festsetzt (Art. 209, Z. 4), die staatliche Genehmigung nicht erteilt werden soll. Wird sie trotzdem erteilt, so sind die ausgegebenen Aktien nicht nichtig[15]), ebensowenig, wenn Aktien oder Aktienanteile unter dem statutarisch festgesetzten Minimalbetrage ausgegeben werden. Art. 173, Abs. 3 HGB. ist hier nicht analog anwendbar, denn es handelt sich nicht um Verletzung einer gesetzlichen, sondern einer statutarischen Bestimmung, und nicht um Verletzung einer im Statute aufgestellten Formvorschrift, sondern einer Bestimmung des Statutes über den materiellen Inhalt des in der Aktienurkunde verbrieften Rechtes. Diese Verletzung hat außer der Möglichkeit des administrativen Einschreitens (vergl. § 18 zu Art. 208) noch die Folge, daß die Aktiengesellschaft ihrer Verpflichtung gegenüber dem Zeichner nicht entsprochen hat und letzterer die Lieferung von Aktien, die auf den im Statute festgesetzten Nennbetrag gestellt sind, verlangen kann.

1. (Zu § 27, Abs. 1.) **Der regelmäßige Mindestnennbetrag ist 200 Kronen.** Gerade in der Festsetzung des Minimalnennbetrages sind in der Aktiengesetzgebung die mannigfachsten Schwankungen hervorgetreten. Zwei Meinungen stehen sich gegenüber: Einerseits will man durch hohe Fixierung des Nennbetrages unberufene Kreise von der Teilnahme an Aktiengesellschaften fernhalten, andrerseits wird eine niedrige Fixierung des Nominalbetrages deshalb befürwortet, um kleinen Kapitalisten die Möglichkeit zu bieten, ihre Kapitalien in Industrieunternehmungen anzulegen. Während in § 180 d. HGB. der Mindestbetrag der Aktien mit 1000 Mark festgesetzt **§ 27.**

---

[14]) Anders § 180 d. HGB.

[15]) § 209 d. HGB. spricht die Nichtigkeit von Aktien aus, die auf einen geringeren als den nach dem Gesetze zulässigen Nennbetrag gestellt sind.

Digitized by Google

ist, wurde die besonders niedrige Festsetzung des Aktiennennbetrages im Aktienregulativ im Hinblick auf die geringe Entwicklung des Aktienverkehrs in Österreich für gerechtfertigt gehalten. Ob jedoch die Festsetzung des Minimalnennbetrages mit dem auffallend geringen Betrag von 200 Kronen überhaupt zur Erfüllung der Zwecke hinreichen wird, denen die Festsetzung eines Minimalnennbetrages dienen soll, kann erst die Zukunft lehren. Die Festsetzung eines sehr geringen Minimalnennbetrages befürwortet Kleinwächter (S. 9) mit Rücksicht auf die österreichischen Verhältnisse; dagegen Landauer, S. 63.

§ 28. 2. (Zu § 27, Abs. 2.) **Unter bestimmten Voraussetzungen genügt ein Nennbetrag von 100 Kronen**, das heißt die staatliche Genehmigung wird auch einem Statute in Aussicht gestellt, das den Aktiennennbetrag mit 100 Kronen festsetzt, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

a) Die Aktien müssen auf Namen gestellt sein; daß die Namensaktien gleichzeitig vinkuliert sind, verlangt das Aktienregulativ nicht. (Vergl. dagegen § 180, Abs. 3 d. HGB.)

b) Es muß ein kleines Unternehmen von lokaler Bedeutung vorliegen. Der zur Erteilung der staatlichen Genehmigung berufenen Verwaltungsbehörde obliegt es, die Frage zu entscheiden, wann ein Unternehmen als ein solches zu betrachten ist. Allgemeine Gesichtspunkte werden sich nur wenige aufstellen lassen. Eine Flußüberfuhr, wenn eine Aktiengesellschaft, die sich mit deren Betrieb befaßt, überhaupt unter das Aktienregulativ fällt (vergl. Eingangsbestimmung Abs. 2), wird als ein kleines Unternehmen von bloß lokaler Bedeutung anzusehen sein, ebenso die Aktiengesellschaft zum Betriebe eines Restaurants usw. Hervorgehoben werden muß, daß jede Aktiengesellschaft eine gewisse Größe des von ihr betriebenen Unternehmens voraussetzt. Für die Entscheidung, ob ein Unternehmen als ein kleines zu betrachten ist, können daher nicht nur diejenigen Momente berücksichtigt werden, nach denen man gewöhnlich im Handelsverkehr zwischen Groß- und Kleinbetrieb zu unterscheiden pflegt, sondern es kommt auch darauf an, ob das Unternehmen im Verhältnis zu anderen Unternehmen, die ebenfalls durch Aktiengesellschaften betrieben werden, als ein kleines anzusehen ist.

§ 29. 3. (Zu § 27, Abs. 3.) **Unter den in Abs. 1 und 2 festgesetzten Minimalbetrag soll der Nennwert der Aktien auch infolge Verringerung desselben während des Bestehens der Gesellschaft nicht sinken.** Der ursprüngliche Nennbetrag der Aktien kann sich dadurch verringern, daß ein Teil des Aktienkapitals den Aktionären zurückgezahlt wird, daß die Aktien auf Verlust abgestempelt oder daß Aktionäre von ihrer Einzahlungspflicht hinsichtlich nicht volleingezahlter Aktien befreit werden (vergl. zu Art. 248). Wo im Gesetze ein Mindestnennbetrag der Aktien festgesetzt ist, versteht es sich von selbst, daß eine Kapitalsreduktion nicht eintreten kann durch Herabsetzung des Nennbetrages der Aktien unter den gesetzlich zulässigen Minimalbetrag (vergl. Staub [8], Anm. 11 zu § 288). Wenn aber, wie in Österreich, die Vorschrift eines Mindestnennbetrages nur die Bedeutung hat, daß ein Statut, welches einen geringeren Nennbetrag der Aktien als den vorgeschriebenen Minimalbetrag festsetzt, keine Aussicht auf staatliche Genehmigung hat, dann kann das Herabsinken des Aktiennennbetrages unter den Minimalbetrag nur dadurch verhindert werden, daß Beschlüssen auf Kapitalsreduktion, deren Wirkung ein solches Herabsinken des Nennbetrages wäre, die staatliche Genehmigung verweigert wird. Das natürliche Mittel,

Digitized by Google

zu verhindern, daß trotz Verringerung des Nennbetrages der einzelnen Aktie keine Aktien bestehen bleiben, deren Nennbetrag nicht die zulässige Minimalgrenze erreicht, besteht in der Verminderung der Zahl der Aktien, das heißt mehrere Aktien, deren Nennwert gesunken ist, werden zu einer Aktie vereinigt, und zwar so viele Aktien, daß deren Nennbetrag zusammen dem vorgeschriebenen Minimalnennbetrag gleichkommt. Wenn das Aktienregulativ nun sagt, daß eine solche Zusammenlegung in der Regel gleichzeitig mit der Reduktion des Nennbetrages der alten Aktien zu erfolgen hat, so ist damit gesagt, daß dem Beschlusse der Generalversammlung auf Reduktion des Aktiennennbetrages nur dann die staatliche Genehmigung erteilt werden wird, wenn gleichzeitig ein Beschluß auf Zusammenlegung der Aktien erfolgt, und daß die staatliche Genehmigung des geänderten Statutentextes nur dann erfolgen wird, wenn der Nachweis vorliegt, daß mit der Reduktion des Aktiennennbetrages auch die Zusammenlegung erfolgt ist (vergl. § 18, Abs. 4, Z. 3 A. Reg.).

Im einzelnen bestimmt das Aktienregulativ über den Gegenstand **§ 30.** folgendes:

a) Die Zusammenlegung der Aktien hat in der Regel, nicht immer gleichzeitig mit der Reduzierung des Nennbetrages zu erfolgen. Wann von der gleichzeitigen Zusammenlegung abzusehen ist, entscheidet die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen. Dadurch kann es geschehen, daß tatsächlich eine Zeitlang Aktien im Umlaufe sind, deren Nennbetrag geringer als 200, bezw. 100 Kronen ist.

b) Die Zusammenlegung muß unbedingt vor der Ausgabe der neuen Aktien veranlaßt werden, das heißt früher wird dem Beschlusse auf Ausgabe der neuen Aktien, wodurch ja stets eine Erhöhung des nach der durchgeführten Reduktion bestehenden Aktienkapitals bewirkt wird (vergl. § 16 A. Reg.), die staatliche Genehmigung nicht erteilt werden.

Die Ausführung des Zusammenlegungsbeschlusses kann jedoch auf eine Schwierigkeit stoßen, die dadurch entsteht, daß ein Aktionär seine Aktien nicht einreicht zum Zwecke der Abstempelung der weiter gültigen Aktien und Vernichtung der ungültig werdenden, oder dadurch, daß die Anzahl der Aktien, die ein Aktionär besitzt, nach Verringerung ihres ursprünglichen Nennbetrages zusammen den Minimalnennbetrag, auf den die neue Aktie lauten soll, nicht erreichen. Ob in diesem Falle der Gesellschaft gegen den Aktionär, der seine Aktien zum Zwecke der Zusammenlegung nicht einreicht oder die hiezu nötigen Stücke nicht erwerben kann oder will, ein Zwangsrecht zusteht, siehe § 3 zu Art. 248.

Artikel 208.

Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden.

Über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden.

Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.

Der vorliegende Artikel stellt das Erfordernis der staatlichen Genehmigung für die Errichtung von Aktiengesellschaften auf (Abs. 1), enthält eine Formvorschrift für die Feststellung des Gesellschaftsvertrages (Abs. 2) und eine solche für die Aktienzeichnung (Abs. 3).

Digitized by Google

§ 1. I. (Zu Abs. 1.) **Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden.**

Zur Zeit der Beratung des Handelsgesetzbuches war in den meisten Staaten, auf welche dieses Gesetz seine Wirksamkeit erstrecken sollte, das Erfordernis der staatlichen Genehmigung für die Errichtung von Aktiengesellschaften aufgestellt (in Österreich durch § 1, lit. b, VerG. vom 26. Nov. 1852). Daher wurde eine solche Bestimmung auch in das Handelsgesetzbuch aufgenommen und nur der Landesgesetzgebung der einzelnen Staaten vorbehalten, von dem Erfordernisse der staatlichen Genehmigung für die Errichtung von Aktiengesellschaften abzusehen (Art. 249, Abs. 1). Österreich hat von diesem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht. Über die vollständige Unzweckmäßigkeit des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung, das alle neueren Gesetzgebungen fallen gelassen haben (die deutsche Aktiengesetzgebung bereits in der Aktiennovelle vom Jahre 1870), herrscht heute in der Wissenschaft eine derartige Übereinstimmung, daß es vollkommen überflüssig erscheint, hierüber an dieser Stelle auch nur ein Wort zu verlieren. Vollkommen zweifellos scheint es, daß bei der bevorstehenden gesetzlichen Neuregelung des Aktienrechtes in Österreich an dem Konzessionssysteme nicht festgehalten werden wird. Der Fragebogen des Justizministeriums scheint das Aufgeben des Konzessionssystemes als selbstverständlich vorauszusetzen (vergl. Frage 5). Das Aktienregulativ konnte das im Gesetze ausgesprochene Erfordernis der staatlichen Genehmigung nicht abschaffen, da hiezu die Verordnungsgewalt der Regierung nicht ausreichte.

§ 2. **Das Handelsgesetzbuch selbst enthält nur die prinzipielle Vorschrift**, daß zur Errichtung von Aktiengesellschaften staatliche Genehmigung notwendig ist und daß ohne staatliche Genehmigung die Gesellschaft (trotz Eintragung) nicht besteht (Art. 211). Die Frage, welche Organe bei der Erteilung dieser Genehmigung mitzuwirken haben, welches Verfahren behufs Erlangung derselben einzuschlagen ist, ferner die Frage, ob die staatlichen Behörden bei Erteilung oder Verweigerung der erbetenen Genehmigung nach vollkommen freiem Ermessen vorgehen können oder hiebei an gewisse Vorschriften gebunden sind, ist der Entscheidung der Landesgesetzgebung vorbehalten. Die einschlägigen Vorschriften enthält das VerG. vom 26. Nov. 1852 und das Aktienregulativ in Ansehung jener Aktiengesellschaften, auf welche sich seine Wirksamkeit erstreckt.

Das Gesuch um Erteilung der staatlichen Genehmigung kann entweder die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft selbst oder die Genehmigung zu den vorbereitenden Maßregeln zum Gegenstande haben (Gesuch um vorläufige Bewilligung, § 7 VerG., § 2 A. Reg.).

§ 3. 1. **Das Gesuch um vorläufige Bewilligung** kann in allen Fällen eingebracht werden, in denen die Konzessionswerber nicht beabsichtigen, die Gesellschaft sofort in Wirksamkeit treten zu lassen (§ 15, Abs. 2 VerG.); dagegen ist ein Gesuch um vorläufige Bewilligung gesetzlich vorgeschrieben, „a) wenn die Personen, welche die Errichtung des Vereines unternehmen wollen, zur Auffindung von Teilnehmern öffentliche Aufforderungen oder Bekanntmachungen zu erlassen die Absicht haben, b) oder das Unternehmen von solcher Beschaffenheit ist, daß es Vorbereitungen erheischt, durch welche die Rechte dritter Personen berührt werden, z. B. Vermessungen, Nivellierungen, oder welche die Gestattung, Vermittlung oder den Beistand öffentlicher Behörden voraussetzen" (§ 15, lit. a und b VerG.). Die Bestimmung des § 3, Abs. 1 A. Reg., daß ein Gesuch um vorläufige Bewilligung dann einzubringen ist, wenn zum Behufe der Erlangung der Aktienzeichnungen öffentliche Aufforderungen oder Bekanntmachungen erlassen werden sollen,

Digitized by Google

ist bereits in § 15, lit. a VerG. enthalten (Landauer, S. 14). Aus der angeführten Bestimmung folgt, daß bei Sukzessivgründungen ein Gesuch um vorläufige Bewilligung stets notwendig ist (Landauer a. a. O.).

2. Zu überreichen ist das Gesuch um Erteilung der vorläufigen Genehmigung bei jener politischen Landesbehörde (Statthalterei oder Landesregierung), in deren Verwaltungsgebiet der Sitz der geplanten Gesellschaft liegen soll (§ 7, Abs. 1 VerG., § 2, Abs. 2 A. Reg.). Zur Entscheidung über dieses Gesuch ist grundsätzlich das Ministerium des Innern zuständig (§ 4, Abs. 3 VerG.); soweit jedoch das Aktienregulativ Anwendung findet, kann die politische Landesbehörde die vorläufige Bewilligung zur Errichtung der Aktiengesellschaft im Namen des Ministeriums des Innern erteilen (§ 4, Abs. 1 A. Reg.). Eine abweisliche Entscheidung über das Gesuch um vorläufige Bewilligung kann die Landesbehörde nicht treffen. § 4.

Bestimmungen über das von den Behörden einzuschlagende Verfahren, die einzuhaltenden Fristen, Form und Inhalt der Gesuche enthalten die §§ 2, 3, 4 A. Reg.

3. Inhalt und Wirkung der Entscheidung, womit die vorläufige Bewilligung zur Bildung der Gesellschaft erteilt wird. Nach § 18, Abs. 1 VerG. (wiederholt in § 4, Abs. 5 A. Reg.) hat diese Entscheidung die Bedingungen auszudrücken, nach deren Erfüllung um die Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft selbst angesucht werden kann. Das bietet für die Konzessionswerber den Vorteil, daß sie nunmehr die grundsätzliche Stellung der Behörde zu dem geplanten Unternehmen kennen und sich hienach bei ihrem Ansuchen um Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft richten können (Landauer, S. 14). Aus diesem Grunde wird es sich empfehlen, in allen Fällen vorerst um vorläufige Bewilligung anzusuchen; in der Praxis geschieht dies allerdings nicht immer. Welche Bedingungen die Behörde stellt, liegt in deren Ermessen. § 4, Abs. 5 A. Reg. schreibt jedoch den Behörden die Aufstellung von zwei bestimmten Bedingungen vor: nämlich daß die Aufbringung des bar einzuzahlenden Aktienkapitals im Wege der Zeichnung ausgewiesen werde (vergl. unten § 7) und daß die sich auf im Gründungsplane etwa vorgesehene Apports und Gründungserwerbungen beziehenden Rechtsverhältnisse im Sinne der §§ 8 bis 10 A. Reg. klargestellt werden (vergl. unten § 7). Eigentlich ist es überflüssig, die erwähnten Nachweise ausdrücklich zum Gegenstande einer Bedingung für die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft zu machen, da letztere nach § 5, Abs. 4 A. Reg. ohnehin nur erteilt wird, wenn dem bezüglichen Gesuche diese Nachweise beiliegen. Die vorläufige Bewilligung gewährt von Gesetzes wegen auch dann nicht ein Recht auf Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft selbst, wenn den gesetzten Bedingungen vollinhaltlich entsprochen ist (§ 19 VerG.). Durch die vorläufige Bewilligung erhalten die Konzessionswerber lediglich die Befugnis zur Vornahme der vorbereitenden Maßregeln des § 15 VerG. Daß zu diesen auch die öffentlichen Aufforderungen zur Erlangung von Zeichnungen gehören, ist ebenso selbstverständlich (vergl. oben § 1), wie daß bei Vornahme der vorbereitenden Maßregeln die Bestimmungen des Gesetzes (vergl. § 17 VerG.) zu beobachten sind. Die Bestimmung des § 4, Abs. 4 A. Reg. ist also im Grunde genommen überflüssig. § 5.

4. Die Dauer der Wirksamkeit der vorläufigen Bewilligung ist durch das Gesetz nicht begrenzt. Die Behörde aber, die die vorläufige Bewilligung erteilt und deren Fortbestand nach Belieben von der Erfüllung be- § 6.

Digitized by Google

stimmter Bedingungen abhängig machen darf, kann auch festsetzen, daß die vorläufige Bewilligung erlischt, wenn nicht innerhalb einer gewissen Frist um die Genehmigung zur Errichtung des Vereines selbst angesucht wird. § 4, Abs. 7 schränkt ganz allgemein die Dauer der vorläufigen Bewilligung — wenn bei deren Erteilung nicht ausdrücklich eine andere Frist gesetzt wird — dahin ein, daß dieselbe erlischt (ipso jure erlischt, nicht bloß zurückgenommen werden kann), wenn nicht innerhalb eines Jahres, gerechnet vom Datum der Bewilligungsurkunde (nicht vom Tage der Zustellung derselben an die Konzessionswerber), das Gesuch um Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft selbst eingebracht wird. Eine Verlängerung dieser Frist ist vorgesehen.

§ 7. 5. **Über die Erfordernisse des Gesuches um Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft selbst** enthält das Vereinsgesetz nur wenige Bestimmungen, von denen die der §§ 9 und 12 auf Aktiengesellschaften, die unter das Handelsgesetzbuch fallen, nicht zur Anwendung gelangen. Hier greift nun das Aktienregulativ ein, indem es die Beibringung gewisser Belege und die Einhaltung gewisser Vorgänge allgemein als Bedingungen vorschreibt, bei deren Erfüllung die Genehmigung erteilt werden wird, freilich nicht mit der Wirkung, daß hiedurch ein Recht auf Erteilung der Genehmigung geschaffen wird, aber doch mit der Wirkung, daß hiedurch die Regierung die moralische Verpflichtung übernimmt, bei Erfüllung dieser Bedingungen und der gesetzlichen Voraussetzungen die Genehmigung zu erteilen (vergl. § 8 zu Art. 207). - Dadurch ist es möglich geworden, indirekt im Verordnungswege die Einhaltung eines bestimmten Vorganges bei der Gründung von Aktiengesellschaften zu erzwingen, insbesondere dem in der modernen Gesetzgebung und Wissenschaft so stark betonten Grundsatz der Publizität des Gründungsherganges bis zu einem gewissen Grade Eingang zu verschaffen. Die Erfordernisse, welche nach dem Aktienregulativ erfüllt werden müssen, um die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft selbst zu erlangen, sind im wesentlichen folgende:

a) Vorlage eines Programmes für die Verwirklichung des gesellschaftlichen Unternehmens. Bei Aktiengesellschaften, welche für allmählich auszuführende Bauunternehmungen bestimmt sind, ist anzugeben, wann das Unternehmen begonnen, in welchen Hauptabschnitten es fortgesetzt und beendet werden soll (§ 5, Abs. 1 A. Reg. wiederholt hier bloß die Bestimmungen der §§ 8 und 10 VerG.). Nach § 5, Abs. 1 A. Reg. sind die für die Angemessenheit des Grundkapitals maßgebenden Umstände darzulegen. Damit ist gesagt, daß die Staatsverwaltung sich die Prüfung, ob die angegebene Höhe des Grundkapitals den Verhältnissen des Unternehmens entspricht, vorbehält.

b) Ein bestimmter Inhalt des Statutes (§ 5, Abs. 3 A. Reg.). Die bezüglichen Bestimmungen enthält das Aktienregulativ in den §§ 13 und 19 ff. Dieselben können nur bei Darstellung der betreffenden Materie, deren statutarische Regelung das Aktienregulativ verlangt, im Zusammenhange mit den einschlägigen Artikeln des Handelsgesetzbuches erläutert werden.

c) Der Nachweis über die erfolgte Zeichnung des bar einzuzahlenden Aktienkapitals (§ 5, Abs. 4 A. Reg.). Dieser Nachweis erfolgt durch Vorlage der Zeichnungen in Urschrift oder beglaubigter Abschrift. Die Zeichnungserklärungen müssen der Vorschrift des § 6, Abs. 2 A. Reg. entsprechen. Diese Vorschrift bezieht sich sowohl auf

Digitized by Google

den Fall der Sukzessivgründung als auf den Fall der Simultangründung, da auch bei letzterer eine Aktienzeichnung erforderlich ist (vergl. unten § 30), jedoch nur auf den Teil des Aktienkapitals, der durch Bareinlagen aufgebracht werden soll (über Sacheinlagen siehe unten § 31).

d) Wenn Apports und Gründungserwerbungen in Aussicht genommen sind, so müssen die in den §§ 8 bis 10 A. Reg. bezeichneten Belege angeschlossen werden (§ 5, Abs. 4 A. Reg.).

Da nach § 12, Abs. 5 A. Reg. die erteilte Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft stets eine bedingte ist[1]) und zurückgenommen wird (nicht ipso jure erlischt), wenn die dortselbst genannten Bedingungen nach Erteilung der Genehmigung nicht erfüllt werden, so kommen als weitere Voraussetzungen zwar nicht für die Erteilung, aber für die Wirksamkeit der staatlichen Genehmigung hinzu:

e) Daß vor der Registrierung der Gesellschaft der nach dem Statute bar einzuzahlende Teil des Aktienkapitals tatsächlich zur Gänze eingezahlt ist. Die bezügliche Bestimmung des § 12, Abs. 5 findet durch § 13, Abs. 4 ihre nähere Erläuterung. **§ 8.**

α) Bar eingezahlt. Darüber, was unter Barzahlung zu verstehen ist, und darüber, daß nicht der Zeichner selbst den Betrag eingezahlt haben muß, siehe § 3 zu Art. 177. Trotzdem es in § 12, Abs. 5 A. Reg. nur heißt: „der bar einzuzahlende Betrag des Aktienkapitals", so scheint das Aktienregulativ — ebenso wie Art. 177 — doch das Erfordernis aufzustellen, daß der Betrag auf jede Aktie bar eingezahlt sein muß, so daß ein Herüberziehen des von einem Aktionär gezahlten Betrages auf die Einlagepflicht eines anderen unzulässig erscheint. Denn nach § 13, Abs. 4 A. Reg. haben bei der Generalversammlung die Konzessionäre eine Bestätigung darüber vorzulegen, daß der nach dem Statute bei Errichtung der Gesellschaft auf diese Aktien (nämlich solche Aktien, auf welche Bareinlagen gemacht werden) einzuzahlende Betrag tatsächlich zur Gänze bar eingezahlt wurde. Nach § 28, Abs. 8 A. Reg. ist aber im Statute der Betrag festzusetzen, der auf jede Aktie als erste Zahlung zu leisten ist. Hat daher ein Aktionär vor Errichtung der Gesellschaft diesen Betrag nicht gezahlt, so ist eben der Betrag, der nach dem Statute einzuzahlen ist, nicht eingezahlt worden.

β) Zur Verfügung der Gesellschaft muß der Betrag stehen (§ 13, Abs. 4 A. Reg.). Es ist weder mittelbarer noch unmittelbarer Besitz der Aktiengesellschaft notwendig (anders § 195 d. HGB.), es genügt, wenn das Geld zu deren freier Verfügung steht. Es genügt daher Hinterlegung bei einer Bank (vergl. § 13, Abs. 4 A. Reg. a. E.); diese Hinterlegung kann auch im Wege des irregulären Depositums erfolgen, da Besitz eben nicht erforderlich ist. Dagegen ist dem Erfordernisse, daß das Geld zur Verfügung der Aktiengesellschaft stehen muß, nicht entsprochen, wenn das Geld umgesetzt ist, und mag es noch so sicher (z. B. in Hypotheken oder Wertpapieren) angelegt sein. Und noch viel weniger ist das Erfordernis vorhanden, wenn für das Geld sonstige Ausgaben gemacht sind, mögen auch dafür gleichwertige Objekte angeschafft und günstige Erwerbungen für die Gesellschaft gemacht sein (RG. in Strafsachen 24, S. 286; vergl.

[1]) Die Zulässigkeit der Beifügung von Bedingungen ergibt sich aus § 24, lit. c VerG.

Digitized by Google

RG. 36, S. 112). Das Aktienregulativ will eben in diesem Stadium von solchen Experimenten nichts wissen, sondern verlangt einfach die Möglichkeit, über das Geld zu verfügen.

γ) Alles dies bezieht sich nicht auf Sacheinlagen. Eine Bestimmung, daß auch die Sacheinlagen vor Errichtung der Aktiengesellschaft zu deren Verfügung stehen müssen, ist weder im Gesetze noch im Aktienregulativ enthalten. Unausführbar wäre eine solche Vorschrift trotz Unmöglichkeit der grundbücherlichen Eintragung zu Gunsten der noch nicht registrierten Gesellschaft nicht (vergl. § 10 GmbHG., Reg. Motive hiezu, den dortselbst enthaltenen Hinweis auf die Anmerkung der Rangordnung nach § 53 GBG.). Soweit also Sacheinlagen gemacht werden, braucht deren Leistung vor Errichtung der Gesellschaft nicht zu erfolgen, und es ist nicht ausgeschlossen, daß eine Aktiengesellschaft in der Weise gegründet wird, daß ausschließlich Sacheinlagen stattfinden.

δ) Auf welche Weise sich die Verwaltungsbehörde von der Erfüllung dieser Bedingung Gewißheit verschafft, ist in ihr Ermessen gestellt. Es ist keineswegs ausgesprochen, daß die Verwaltungsbehörde sich mit der in § 13, Abs. 4 A. Reg. erwähnten, bei der Generalversammlung abzugebenden Bestätigung der Aktionäre begnügen muß. Auf ein anderes Gebiet wieder gehört die Frage, ob der Richter vor Registrierung der Gesellschaft die statutenmäßige Einzahlung des Aktienkapitals zu prüfen hat und welche Bescheinigungsmittel er fordern darf (siehe hierüber § 9 zu Art. 210). Sofern dem Registerrichter überhaupt ein solches Prüfungsrecht zugestanden wird, kann er es unabhängig von dem der Verwaltungsbehörde ausüben; in der Regel wird er sich allerdings mit den der Verwaltungsbehörde bereits vorgebrachten Bescheinigungsmitteln, insbesondere mit der bei der konstituierenden Generalversammlung erteilten Bestätigung der Konzessionäre begnügen.

§ 9. f) Die Abhaltung der konstituierenden Generalversammlung nach Vorschrift des § 13 A. Reg. Die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung, der die endgültige Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft vorbehalten bleibt, war in der Praxis zwar früher üblich, jedoch im Gesetze nicht vorgesehen. Die Aktienzeichner erhalten dadurch, daß die Errichtung der Gesellschaft von dem dahingehenden Beschlusse einer konstituierenden Generalversammlung abhängig gemacht wird, das Recht, nach erfolgter Aktienzeichnung noch einmal über die Errichtung der Gesellschaft Beschluß zu fassen. Das Zustandekommen eines solchen Beschlusses ist die Bedingung, unter welcher die in der Aktienzeichnung liegende Erklärung abgegeben ist. Das ist aber keine Potestativbedingung, keine conditio si voluero, wie sie von Gareis-Fuchsberger (S. 322, Note 21 und S. 413, Anm. 1) bezeichnet wird, denn jetzt entscheidet die Majorität auch gegen den Willen des einzelnen. Daher schafft auch die Einrichtung der konstituierenden Generalversammlung kein freies Rücktrittsrecht für den einzelnen Aktienzeichner, wohl aber für die Gesamtheit oder Majorität derselben. Die Errichtung der Gesellschaft und die mit derselben entstehende Verpflichtung des Aktienzeichners ist von einem Beschlusse einer konstituierenden Generalversammlung dann abhängig, wenn dies im Gesetze ausdrücklich bestimmt oder in dem der Aktienzeichnung zu Grunde

Digitized by Google

liegenden Prospekte oder Statutenentwurfe vorgesehen ist, oder wenn die Verwaltungsbehörde die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft von der Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung abhängig macht. Nach § 12, Abs. 5 A. Reg. erfolgt die Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft stets unter der Bedingung, daß die konstituierende Generalversammlung nach Vorschrift des § 13 A. Reg. abgehalten wird, und aus der Bestimmung des § 3, Z. 8 im Zusammenhange mit § 6, Abs. 2 A. Reg. folgt, daß in dem der Zeichnungserklärung zu Grunde liegenden Statutenentwurfe die Entscheidung über die Errichtung einer Aktiengesellschaft einem Beschlusse der Generalversammlung der Aktienzeichner vorzubehalten ist. Ist letzteres geschehen, so könnte ohne Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister auch dann abgelehnt werden, und der Zeichner wäre an seine Zeichnung nicht gebunden, wenn in der staatlichen Bewilligungsurkunde entgegen der Vorschrift des § 12, Abs. 5 A. Reg. die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung nicht zur Bedingung für die Wirksamkeit der staatlichen Genehmigung gemacht wäre. Das Aktienregulativ ging mit der Aufstellung des Erfordernisses einer Beschlußfassung der Aktienzeichner in einer Generalversammlung über die Errichtung der Gesellschaft wohl von denselben Erwägungen aus, welche zur Aufnahme ähnlicher Vorschriften in ausländischen Aktiengesetzgebungen geführt haben. Die Vorschrift, daß in einer konstituierenden Generalversammlung der endgültige Beschluß über die Errichtung der Aktiengesellschaft gefaßt werden muß, bezweckt in erster Linie den Schutz der Aktienzeichner gegen die Gründer. Die Aktienzeichner sollen Gelegenheit haben, sich von der Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft der anderen Aktienzeichner zu überzeugen; die konstituierende Generalversammlung soll ferner den Aktienzeichnern Gelegenheit bieten, durch entsprechende Abstimmung ihren Einfluß gegen die Errichtung der Gesellschaft geltend zu machen, wenn die Verhältnisse seit Abgabe der Zeichnungserklärung sich zu Ungunsten der Gründung geändert haben; hauptsächlich aber soll durch Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung die von der Gesetzgebung so sehr begünstigte Publizität des Gründungsherganges gefördert werden (vergl. Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 162; Grünhut a. a. O.).[2])

Während § 192 d. HGB. die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung nur für den Fall der Sukzessivgründung vorschreibt, verlangt das Aktienregulativ die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung auch bei Simultangründungen; bei Gründungen der letzterwähnten Art, wo Gründer und Aktienzeichner eine Person sind, erscheint der Vorbehalt eines Prüfungsrechtes zu Gunsten letzterer vollkommen gegenstandslos und eine Versammlung der Gründer (Konzessionäre), in der über die Errichtung der Gesellschaft endgültig beschlossen werden soll, eine reine Formalität (vergl. Grünhut a. a. O., Gutachten der Wiener Handelskammer zu Frage 15 des Fragebogens). Übrigens scheint in dem erwähnten Fragebogen, wie die Stilisierung

[2]) Andererseits werden gegen die Einführung einer obligatorischen Errichtungsversammlung, von deren Mehrheitsbeschlusse die Errichtung der Aktiengesellschaft abhängig ist, auch schwerwiegende Bedenken geltend gemacht (vergl. insbesondere den gutächtlichen Bericht der Wiener Börsekammer zu Frage 14 des Fragebogens).

Digitized by Google

der Frage 15 b andeutet, gar nicht daran gedacht worden zu sein, auch bei Simultangründungen das Erfordernis der Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung aufzustellen.

Von der konstituierenden Generalversammlung sprechen die §§ 13 und 14 A. Reg. In denselben wird geregelt:

α) Die Berufung der Generalversammlung (Abs. 1).
β) Der Wirkungskreis der Generalversammlung (Abs. 2, 3, 4, 5).
γ) Die Modalitäten der Abstimmung (Abs. 6 und 7).
δ) Die Art der Beurkundung der Beschlüsse (Abs. 8).
ε) Die Publizität der Beurkundung über die konstituierende Generalversammlung (§ 14, Abs. 1 und 2).

α) Die Berufung der konstituierenden Generalversammlung obliegt den Konzessionären. Auf welche Art die Berufung zu erfolgen hat, ob durch öffentliche Kundmachung oder durch individuelle Verständigung, bestimmt das Statut (vergl. § 3, Z. 8 A. Reg.).[3]) Die rechtzeitige Anzeige an die politische Behörde von der Abhaltung der konstituierenden Generalversammlung ist eine Voraussetzung für die ordnungsmäßige Abhaltung dieser Versammlung (vergl. § 12, Abs. 5 A. Reg.). Zu berufen sind die Aktienzeichner, die die Konzessionäre in die dem Gesuche um Erteilung der staatlichen Genehmigung gemäß § 6, Abs. 1 A. Reg. anzuschließende Liste aufgenommen haben. Vergl. oben § 7.

β) Dem Wirkungskreise der konstituierenden Generalversammlung ist durch das Statut vorzubehalten:

αα) Der Beschluß über die Errichtung der Aktiengesellschaft und die endgültige Feststellung des Gesellschaftsstatutes. Man kann dagegen, daß auf diese Weise das Statut durch Beschluß der konstituierenden Generalversammlung einen anderen Inhalt erhalten kann, als es zu der Zeit gehabt, in der der einzelne Aktienzeichner seine Zeichnungserklärung abgegeben hat, mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Aktienregulativs keine rechtlichen Bedenken erheben; denn in dem Statutenentwurfe, der der Aktienzeichnung zu Grunde zu legen ist, müssen gemäß § 3, Z. 8, und § 6, Abs. 2 A. Reg. auch die Gegenstände genannt sein, über welche die konstituierende Generalversammlung zu beschließen hat, wozu eben auch die endgültige Feststellung des Gesellschaftsstatutes gehört. Wenn daher der Aktienzeichner eine der Vorschrift des § 6, Abs. 2 A. Reg. entsprechende Zeichnungserklärung unterfertigt, so hat er sich damit auch innerhalb der Grenzen des § 13, Abs. 7 A. Reg. der Entscheidung der konstituierenden Generalversammlung über die Feststellung des Gesellschaftsstatutes unterworfen (vergl. hiezu Renaud, S. 243 ff. und unten § 20).

ββ) Die Wahl der Mitglieder des ersten Aufsichtsrates und der ersten Rechnungsrevisoren.

γγ) Die Wahl des ersten Vorstandes, falls dessen Bestellung nach dem Statute nicht in anderer Weise zu erfolgen hat, und die Wahl des ersten Direktionsrates, falls nach dem Statute ein solcher zu bestellen ist.

[3]) An und für sich sind die Bestimmungen des Statuts für die Einberufung der Generalversammlung nicht auch auf die Einberufung der konstituierenden Generalversammlung zu beziehen (AdlGl. 2212).

Digitized by Google

δδ) Die Entgegennahme des Nachweises über die erfolgte Zeichnung des gesamten Aktienkapitals und die erfolgte Einzahlung des nach dem Statute bei Errichtung der Gesellschaft bar einzuzahlenden Aktienkapitals. Die erfolgte Zeichnung des Aktienkapitals ist durch die in § 6 A. Reg. genannten Belege nachzuweisen; es wird also derselbe Nachweis wiederholt, der bereits der Verwaltungsbehörde bei Einbringung des Gesuches um staatliche Genehmigung erbracht wurde. Zweck dieser Vorschrift kann nur sein, den einzelnen Teilnehmern an der konstituierenden Generalversammlung die Möglichkeit zu gewähren, sich aus Zeichnungsscheinen über die persönlichen Verhältnisse der Aktienzeichner zu unterrichten. Über den Nachweis der statutenmäßigen Bareinzahlungen vergl. oben § 8.

εε) Die Entgegennahme des Berichtes, der Belege und sonstigen Klarstellungen über Apports und Gründungserwerbungen, sowie der Darlegung und Spezifizierung des gesamten Gründungsaufwandes.

γ) Die Modalitäten der Abstimmung. Ob für den Beschluß auf Errichtung der Gesellschaft einfache oder qualifizierte Majorität notwendig ist, bestimmt das Statut. Das Statut muß aber die Bestimmung enthalten, daß die Mehrheit mindestens ein Viertel sämtlicher Aktienzeichner (auch der nicht erschienenen) und ein Viertel der sämtlichen auszugebenden Aktien umfassen muß. Das erstgenannte Erfordernis ist dahin zu verstehen, daß nicht ein Viertel sämtlicher Personen, die Aktien gezeichnet haben, notwendig ist, sondern ein Viertel derjenigen Personen, die die Konzessionäre durch Aufnahme in die in § 6, Abs. 1 A. Reg. erwähnte Liste angenommen haben und daher zur konstituierenden Generalversammlung einzuberufen hatten. Befinden sich unter den stimmberechtigten Aktienzeichnern solche, die Sacheinlagen gemacht haben, oder von denen die Gesellschaft Gründungserwerbungen machen will, so muß die Mehrheit derjenigen Aktienzeichner für die Errichtung der Gesellschaft stimmen, bei denen solche Verhältnisse nicht vorliegen. Beispiel: Von 50 Aktienzeichnern haben 10 Sacheinlagen gemacht. 27 Zeichner stimmen für die Errichtung der Gesellschaft; unter diesen 27 befinden sich aber die 10 Apporteure. Es haben sohin von den 40 Zeichnern, die keine Sacheinlagen gemacht haben, 17 für die Errichtung, 23 gegen die Errichtung der Gesellschaft gestimmt; die Errichtung der Gesellschaft gilt demnach als abgelehnt. Soll bei der endgültigen Feststellung des Gesellschaftsvertrages von dem der Aktienzeichnung zu Grunde gelegten Entwurfe desselben in den in § 3, Z. 1 bis 9 A. Reg. aufgezählten Punkten abgewichen, oder sollen die Bestimmungen des erwähnten Entwurfes über Apports, Gründungserwerbungen oder über die für einzelne Aktionäre oder andere Personen in Aussicht genommenen besonderen Vorteile zum Nachteile der Gesellschaft abgeändert werden, so ist für die Gültigkeit des bezüglichen Beschlusses die Zustimmung sämtlicher in der konstituierenden Generalversammlung erschienenen Aktienzeichner im Statute vorzuschreiben. Daß die Zustimmung sämtlicher Aktienzeichner, die als Mitglieder der zu errichtenden Gesellschaft in Aussicht genommen sind — auch der nicht erschienenen — für die Gültigkeit eines Beschlusses notwendig ist, § 11.

Digitized by Google

durch welchen eine bei Abgabe der Zeichnungserklärung nicht vorgesehene Verpflichtung der Aktionäre zu wiederkehrenden Leistungen begründet werden soll, ist ein selbstverständliches Korrolar zur Bestimmung des § 30, Abs. 2 A. Reg., nach welcher während des Bestehens der Aktiengesellschaft im Wege der Statutenänderung eine ursprünglich nicht vorgesehene Verpflichtung der Aktionäre zu wiederkehrenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre festgesetzt werden kann (vergl. § 4 zu Art. 219).

b) Über die gerichtliche und notarielle Beurkundung vergl. Erläuterung zu Art. 214.

§ 12. 6. **Zuständig zur Entscheidung** über das Gesuch um Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft selbst — zu überreichen ist dieses Gesuch stets bei der örtlich zuständigen politischen Landesbehörde — ist das Ministerium des Innern, soweit nicht diese Entscheidung allerhöchster Entschließung vorbehalten ist. In den Fällen, in denen auch der Wirkungskreis anderer Ministerien berührt wird, hat sich mit diesen das Ministerium des Innern ins Einvernehmen zu setzen; bei Meinungsverschiedenheiten ist die Entscheidung des Kaisers einzuholen (§ 4 VerG.). Dieser Vorschrift wird dadurch entsprochen, daß eine ständige Kommission für Vereinsangelegenheiten gebildet wird; dieselbe besteht aus einem vom Ministerium des Innern ernannten Sektionschef als Vorsitzenden und ständigen Referenten und aus ständigen, von den anderen Ministerien delegierten Mitgliedern (Nothnagel a. a. O., S. 112). § 12, Abs. 1 A. Reg. erwähnt nichts von der kaiserlichen Genehmigung zur Errichtung von Aktiengesellschaften; dies erklärt sich daraus, weil sich das Aktienregulativ auf diejenigen Aktiengesellschaften nicht bezieht, zu deren Errichtung gemäß § 4 VerG. kaiserliche Genehmigung notwendig ist.

§ 13. 7. **Die Entscheidung, ob die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft erteilt wird oder nicht, erfolgt nach freiem Ermessen.** Gegen die Versagung der Bewilligung steht daher die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nicht offen (Budwinski 5532). Hieran erscheint auch durch § 12, Abs. 2 A. Reg. nichts geändert (vergl. § 8 zu Art. 207).

§ 14. 8. **Die Dauer der staatlichen Bewilligung.** Werden die in § 12, Abs. 5 A. Reg. bezeichneten Bedingungen nicht erfüllt, so kann die erteilte staatliche Genehmigung zurückgenommen und die bereits errichtete Gesellschaft aufgelöst werden (§ 24, lit. c VerG., § 12, Abs. 5, A. Reg.). Unterläßt es die Verwaltungsbehörde, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, so bleibt die erteilte Genehmigung in Kraft und die Gesellschaft bestehen. Zu unterscheiden von der Zurücknahme der staatlichen Genehmigung ist das ipso jure-Erlöschen derselben. Dasselbe tritt ein, wenn nicht innerhalb eines Jahres — sofern die Genehmigungsurkunde keine andere Frist bestimmt — gerechnet vom Datum der Genehmigungsurkunde, die Eintragung der Gesellschaft in das Register des zuständigen Gerichtes bewirkt wird (§ 12, Abs. 6 A. Reg.). Entscheidend ist demnach das Datum der Genehmigungsurkunde, nicht der Tag der Zustellung derselben an die Konzessionäre, und der Zeitpunkt der tatsächlichen Eintragung ins Handelsregister, nicht schon der Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister. Selbstverständlich können die Konzessionäre auch auf die erteilte Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft verzichten. In der Übertragung der Konzession an andere Personen ohne Genehmigung des Ministeriums

Digitized by Google

des Innern ist ein solcher Verzicht gelegen (Erlaß des Ministeriums des Innern vom 21. April 1872, Z. 6106).

9. **Über das Verfahren**, welches bei Entscheidung über ein Gesuch um Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft zu beobachten ist, enthält § 12 A. Reg. Bestimmungen. **§ 15.**

10. **Die erteilte Genehmigung, sowie die ipso jure eingetretene Erlöschung derselben ist zu verlautbaren**, und zwar jedenfalls in der „Wiener Zeitung"; wenn aber der Sitz der geplanten Gesellschaft in einem anderen Kronlande als in Niederösterreich liegen soll, auch in der betreffenden amtlichen Landeszeitung (§ 12, Abs. 7 A. Reg.).[4]) Eine Sanktion für die Einhaltung dieser Vorschrift ist nirgends ausgesprochen. Wohl zu unterscheiden ist die hier erwähnte Publikation von der vom Registerrichter zu veranlassenden Publikation der Eintragung der Gesellschafter ins Handelsregister. **§ 16.**

11. **Über die rechtliche Natur der staatlichen Genehmigung** bestimmt § 20 VerG. nur in negativer Richtung, daß in derselben nicht die Erklärung der Staatsverwaltung gelegen sei, daß letztere den Zweck und die Mittel des Vereines entsprechend finde und daß das Unternehmen die erwarteten Vorteile gewähren werde. Diese einen disponierenden Rechtssatz nicht enthaltende Bestimmung ist einerseits vollkommen selbstverständlich, daher überflüssig, andrerseits kann sie nicht verhindern, daß im Publikum der staatlichen Genehmigung gerade die erwähnte Bedeutung beigelegt wird, und dieser Umstand bildet auch eines der wichtigsten Bedenken, die gegen das Erfordernis der staatlichen Genehmigung geltend gemacht werden. Die staatliche Genehmigung enthält die Verleihung der juristischen Persönlichkeit (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 82, Note 9). Soweit daher der werdenden Aktiengesellschaft schon vor Erteilung der staatlichen Genehmigung Zuwendungen gemacht werden, sind sie in ihrer Wirksamkeit von der staatlichen Genehmigung bedingt (Krainz-Ehrenzweig a. a. O.). Als solche besteht die Aktiengesellschaft auch nach erteilter staatlicher Genehmigung nicht, solange nicht die Eintragung ins Handelsregister erfolgt ist (vergl. Erläuterung zu Art. 211). Das Gesellschaftsstatut wird auch durch die staatliche Genehmigung nicht zu einer Rechtsverordnung, sondern bleibt private Festsetzung. Sind Bestimmungen des Statutes im Widerspruche mit zwingenden Bestimmungen des Gesetzes, so sind sie unwirksam trotz staatlicher Genehmigung, und einer Gesellschaft, deren Statut einen wesentlichen Mangel hat, kann die staatliche Genehmigung keine rechtliche Wirksamkeit gewähren (Hahn, §§ 4 und 5 zu Art. 208). Bindende objektive Rechtsnorm werden die genehmigten Statuten erst dann, wenn sie als Bestandteile eines Gesetzes publiziert sind, wie z. B. die Statuten der österreichisch-ungarischen Bank (vergl. § 3 zu Art. 5). **§ 17.**

12. **Ein Recht auf staatliche Beaufsichtigung** der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft folgt aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über das Erfordernis der staatlichen Genehmigung nicht (Hahn, § 6 zu Art. 208). Wohl aber räumt § 22 VerG. der Staatsverwaltung ein solches Aufsichtsrecht in weitem Umfange ein, das auch während der Dauer des Liquidationsstadiums fortbesteht (Budw. 1759).[5]) **§ 18.**

---

[4]) Üblich ist die Publikation der Erteilung einer Konzession zur Errichtung einer Aktiengesellschaft in der „Wiener Zeitung" auch in den Fällen, in denen das Aktienregulativ keine Anwendung findet.

[5]) § 22 VerG: „Auch alle anderen in den §§ 1 und 2 nicht begriffenen Vereine unterliegen der Aufsicht der Staatsverwaltung. Es bleibt derselben vorbehalten, in die Ge-

Digitized by Google

Die Beigabe eines landesfürstlichen Kommissärs, die nach § 22 VerG. in das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist, wird durch § 56, Abs. 2 A. Reg. dahin eingeschränkt, daß sie nur mehr dann stattfinden soll, wenn eine solche Maßregel aus öffentlichen Rücksichten geboten ist; eine ähnliche Weisung an die Behörden enthält der Erlaß des Ministeriums des Innern vom 4. Apr. 1870, Z. 4550 (abgedruckt in der Manzschen Ausgabe des Vereinsgesetzes, bei § 22), der in Ansehung der Aktiengesellschaften, auf welche das Aktienregulativ sich nicht bezieht, noch heute von praktischer Bedeutung ist. Selbstverständlich enthält weder der erwähnte Erlaß des Ministeriums des Innern noch die angeführte Bestimmung des Aktienregulativs eine rechtliche Einschränkung des nach dem Gesetze bestehenden freien Ermessens der Verwaltungsbehörden, einen landesfürstlichen Kommissär beizugeben oder nicht. Die Verwaltungsbehörde kann innerhalb der Schranken des § 22 VerG. das Aufsichtsrecht ausüben, gleichviel ob es sich um ein öffentliches Interesse oder um das Interesse eines Beteiligten handelt (Budwinski 1020), im Gesetze ist die Ausübung des Aufsichtsrechtes nirgends auf den ersten Fall eingeschränkt (a. M. Landesberger, S. 130, nicht dagegen Budwinski 6666, trotz der scheinbar entgegenstehenden Formulierung der Gründe). § 56, Abs. 1 A. Reg. spricht allerdings nur von der Ausübung des staatlichen Aufsichtsrechtes „zur Wahrung der öffentlichen Interessen"; die Bestimmung hat aber nur die Bedeutung eines unverbindlichen Versprechens über den Umfang, in welchem in Hinkunft das staatliche Aufsichtsrecht ausgeübt werden wird. Sofern sich die Ausübung des staatlichen Aufsichtsrechtes nicht innerhalb des Rahmens des Gesetzes hält, kann gegen die betreffenden Verfügungen der politischen Behörden, durch welche Rechte der Gesellschaft verletzt werden, die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ergriffen werden (Budwinski 3792, vergl. auch Budwinski 1488). Auch generelle Vorschriften zum Zwecke der Geschäftskontrolle kann die Aufsichtsbehörde der Aktiengesellschaft erteilen (Budwinski 2660; vergl. auch § 104, Z. 2 GmbHG.). Dagegen besteht keine Verpflichtung der Staatsbehörde, das ihr zustehende Aufsichtsrecht auszuüben, auch wenn die Voraussetzungen hiefür vorhanden sind; jedermann kann durch Anzeige die Geltendmachung des staatlichen Aufsichtsrechtes anregen, aber ein Recht zu verlangen, daß die Behörde ihr Aufsichtsrecht geltend macht und durch Verbot oder Gebot in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingreift, steht niemand zu, auch nicht dem Aktionär, der durch statutenwidrige Verfügungen der Gesellschaft in seinen Sonderrechten verletzt ist. Daher findet keine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof statt, wenn die Verwaltungsbehörde die erbetene Intervention nach § 22 VerG. ablehnt (Budwinski 3792, 3947, 6666, 8551). Nur dasjenige, was ohnehin die Auslegung des Gesetzes ergibt, wiederholt § 56 A. Reg., indem er im dritten Absatze bestimmt: „Ein Anspruch der Aktionäre und sonstigen Interessenten auf ein Einschreiten der Staatsverwaltung besteht nicht zu Recht . . ." Diese Bestimmung ist vollkommen gegenstandslos; denn als bloße Verordnung könnte

schäftsgebarung jedes Vereines Einsicht zu nehmen, über die Beobachtung der bei Genehmigung des Vereines oder durch allgemeine Vorschriften angeordneten Bestimmungen zu wachen und, wenn es notwendig erachtet wird, dem Vereine einen von der hiezu berufenen Behörde zu bestimmenden landesfürstlichen Kommissär beizugeben. Dieser hat darauf zu sehen, daß der Verein die Grenzen der ihm erteilten Bewilligung und die Bestimmungen der genehmigten Gesellschaftsregel nicht überschreite." Vergl. auch § 104 GmbHG.

Digitized by Google

das Aktienregulativ weder einen im Gesetze begründeten Anspruch der Aktionäre auf Einschreiten der Verwaltungsbehörden beseitigen, noch einen solchen Anspruch, der nach dem Gesetze nicht begründet ist, schaffen. Dies gegen Landauer (a. a. O., S. 27), der in der erwähnten Bestimmung des Aktienregulativs, der man höchstens den Vorwurf der Überflüssigkeit machen kann, eine unverantwortliche Unterlassung erblickt. Keine bloße Unterlassung der Ausübung des staatlichen Aufsichtsrechtes liegt aber darin, wenn die Verwaltungsbehörde einen auf ungesetzliche Weise zu stande gekommenen Generalversammlungsbeschluß genehmigt (vergl. Art. 214 HGB.); in diesem Falle liegt eine gesetzwidrige Verfügung einer Verwaltungsbehörde vor und gegen dieselbe steht dem in seinen Rechten Verletzten das Recht der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu (Budwinski 3947, 8551; Näheres siehe im Zusatze zu Art. 224). Eine Verpflichtung der Aktiengesellschaften, die durch Ausübung des staatlichen Aufsichtsrechtes verursachten Kosten zu tragen, ist im Gesetze nirgends ausgesprochen (Budwinski 2000), jedoch übernehmen die Aktiengesellschaften oft freiwillig in den Statuten die Kosten für die staatliche Aufsicht (Mayrhofer, Handbuch, Bd. V, S. 341).

§ 19.

13. **Verschieden von der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft ist die Konzession zum Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens.**[6]) Ist nach der Art des Gegenstandes des Unternehmens zum Betriebe desselben eine gewerbebehördliche Konzession oder zur Ausführung einzelner Geschäfte eine besondere staatliche Bewilligung notwendig (z. B. für die Ausgabe von Partialobligationen), so ist die Aktiengesellschaft wie jeder andere Unternehmer zum Erwerbe dieser Konzession oder staatlichen Bewilligung verpflichtet (§ 23 A. Reg. hebt dies besonders hervor). In gewerberechtlicher Hinsicht findet auf Aktiengesellschaften als juristische Personen (Vereine) § 3, Abs. 1 und 2 GewO. Anwendung. Sie müssen einen geeigneten Stellvertreter oder Pächter bestellen, der jedoch nicht dem Vorstande angehören und auch sonst zur privatrechtlichen Vertretung der Gesellschaft nicht befugt sein muß (vergl. jedoch § 8 zu Art. 52). Bezüglich der zum Gewerbebetriebe nötigen persönlichen Eigenschaften ist nur auf die Person des Stellvertreters (Pächters) nicht auf die der Vorstandsmitglieder Bedacht zu nehmen (vergl. hiezu K. Adler, Lagerhausrecht, S. 47). Die Befugnis zum Gewerbebetriebe ist davon abhängig, daß dieser Betrieb zu dem statutenmäßigen Gegenstande des Unternehmens gehört (§ 3, Abs. 2 GewO., verb.: Vereine). Die Existenz der Aktiengesellschaft als solche ist eine Voraussetzung für die Ausfertigung des Gewerbescheines. § 3, Abs. 3 GewO. bezieht sich trotz seiner Ausdrucksweise „zur Protokollierung ihrer Firma verpflichteten Gesellschaften" nur auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften. Umgekehrt ist von der Erteilung der gewerbebehördlichen Konzession das Bestehen der Aktiengesellschaft nicht abhängig. Ist daher die staatliche Konzession zur Errichtung der Aktiengesellschaft nachgewiesen, so kann der Registerrichter die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister nicht aus dem Grunde ablehnen, weil die gewerbebehördliche Konzession zum Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens fehlt.

---

[6]) Über den Unterschied zwischen Gesellschaftskonzession und Unternehmerskonzession vergl. auch Motive zu § 62 GmbHG.

Digitized by Google

Ob die Aktiengesellschaft bei Ausübung ihres Betriebes den Vorschriften der Gewerbeordnung unterworfen ist, hängt von der innerhalb des im Statute festgesetzten Gegenstandes des Unternehmens tatsächlich ausgeübten Erwerbstätigkeit ab, nicht etwa von der Benennung der Aktiengesellschaft; daher muß eine Aktiengesellschaft, die sich als eine der in Art. V, KdMP. zur GewO., lit. k, l, angeführten, vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommenen Unternehmungen bezeichnet, wenn sie nach Zulaß des § 3, Abs. 2 GewO. eine andere Erwerbstätigkeit als die durch ihren Namen bezeichnete ausüben, z. B. ein Restaurant eröffnen will, alle in der Gewerbeordnung für die betreffende Erwerbstätigkeit aufgestellten Vorschriften erfüllen. Sie kann sich der Befolgung dieser Vorschriften nicht etwa durch den Hinweis entschlagen, daß sie als Bank, Eisenbahn, nicht der Gewerbeordnung untersteht und ebensowenig kann ihr deshalb die Ausfolgung des Gewerbescheines verweigert werden.

§ 20. II. (Zu Abs. 2.) **Der zweite Absatz dieses Artikels enthält lediglich eine Vorschrift über die Form des Gesellschaftsvertrages.** Im folgenden soll jedoch zuerst das Wesen und die rechtliche Bedeutung des Gesellschaftsvertrages und dann erst die im Gesetze enthaltene Formvorschrift erörtert werden.

§ 21. 1. **Das Wesen und die rechtliche Bedeutung des Gesellschaftsvertrages.** Zur Errichtung des auf die Bildung der Aktiengesellschaft abzielenden Gesellschaftsvertrages[7]) gehört begrifflich einmal die Einigung über die Höhe der Beteiligung der einzelnen Mitglieder, welche die Gesellschaft errichten, und zweitens die Festsetzung der Normen, welche für das Gesellschaftsleben maßgebend sein sollen. Sobald über alle diese Punkte Einigkeit erzielt ist, ist die Gesellschaft errichtet, nicht eher und nicht später. Dabei ist es begrifflich völlig indifferent, in welcher Reihenfolge die Einigung über die einzelnen Punkte erfolgt, ob erst die Höhe der Beteiligung oder erst einzelne dieser Normen und dann die Höhe der Beteiligung und zuletzt der Rest der Normen, oder ob endlich alles uno actu vereinbart wird. Und auch der Gesetzgeber kann daran kein Interesse haben, daß jene Vereinbarungen in verschiedenen Rechtsakten niedergelegt werden, weshalb es auch zulässig ist, Statutfeststellung und Aktienübernahme uno actu vorzunehmen. Und sicherlich ist es, wenn diese letztere Form gewählt wird, gleichgültig, welche Erklärung vorangestellt wird, ob die Statutfeststellung oder die Aktienübernahme. So bestimmt denn auch weder das Handelsgesetzbuch noch das Vereinsgesetz, daß die Statutfeststellung der Aktienübernahme vorangehen muß. Nur muß zur Zeit der Aktienzeichnung wenigstens ein die Essentialien der zu gründenden Gesellschaft enthaltendes Projekt vorliegen (Primker bei Endemann I., S. 530 ff. und die dort angeführte Judikatur des ROHG.). Ob die endgültige Feststellung des Statutes einem Beschlusse der Generalversammlung aller Aktienzeichner oder dem freien Belieben der Gründer überlassen bleibt, ist Auslegungsfrage. Um letzteres für den Fall anzunehmen, daß der Zeichnungserklärung nicht einmal ein Entwurf des Statutes zu Grunde gelegt wird, bedarf es jedenfalls einer zweifellosen Willenserklärung der Zeichner (ROHG. 7, S. 72). Im Hinblick auf die zahlreichen Übelstände, welche daraus entstanden sind, daß Zeichnungserklärungen abgegeben wurden, ehe das Statut feststand,

[7]) Das Gesetz spricht „Gesellschaftsvertrag"; daher soll im Laufe der Darstellungen auch dieser Ausdruck beibehalten werden; er ist aber juristisch nicht zutreffend; der schöpferische Gesamtakt, der eine Körperschaft ins Leben ruft, ist kein Vertrag (Gierke I., S. 486, Pfaff-Hofmann, S. 265, Lehmann II., S. 7.)

Digitized by Google

wodurch die Verpflichtung des Zeichners, ja die Existenz der Gesellschaft in Frage gestellt werden kann (vergl. ROHG. 11, S. 375), bestimmt das Aktienregulativ im Einklange mit der deutschen Gesetzgebung (§ 182 d. HGB., vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884), daß zur Zeit der Aktienzeichnung wenigstens der wesentliche Inhalt des Statutes feststehen muß. Dies folgt aus § 6 A. Reg., nach welchem die Zeichnungserklärung die im § 3, Z. 1 bis 12 A. Reg. bezeichneten Bestimmungen des Statutes enthalten muß. Aber wenn auch — sei es freiwillig, sei es infolge bestehender Vorschriften — die Statutfeststellung im besonderen Akte getätigt wird und der Aktienzeichnung vorangeht, so ist doch immer festzuhalten, daß in rechtlichem Sinne nicht ein zu gesonderter rechtlicher Existenz bestimmter, mit selbständigen Rechtswirkungen ausgestatteter Rechtsakt vorliegt, sondern nur der erste Teil eines geplanten Gesellschaftsvertrages. Wie immer aber, so ist auch hier die Verständigung über einen Teil des Vertrages ohne Rechtswirkung; erst mit dem Hinzukommen der Verständigung über den letzten wesentlichen Teil ist der Vertrag perfekt. Jener erste Teil ist, für sich betrachtet, nur die Schablone, nach welcher das geplante Rechtsgebilde hergestellt werden soll, oder, wie Ring sagt, das „Rohmaterial" für den abzuschließenden Gesellschaftsvertrag. Es ist daher auch nicht korrekt, wenn das Gesetz von der Errichtung des Gesellschaftsvertrages spricht. Nicht der Gesellschaftsvertrag wird errichtet, sondern ein Teil desselben, und nicht etwa der wesentlichere; denn die Übernahme sämtlicher Aktien ist ebenso wesentlich zur Perfektion. Nur ist die Statutfeststellung derjenige Teil, der sich von dem anderen Teile, der Aktienübernahme, dadurch auszeichnet, daß sein Inhalt ein bleibender und als maßgebende Satzung für alle Mitglieder von größerem Interesse ist, während die Höhe der Beteiligung, wie sie sich bei der Gründung stellte, so wesentlich die Einigung darüber auch juristisch sein mag, weil ohne sie die Gesellschaft nicht zur Existenz gelangt, doch nur ein Interesse geringeren Grades beansprucht. Denn sie hat einmal einen persönlichen, die Allgemeinheit nicht tangierenden und hinter der Tatsache der dadurch bewirkten Gesellschaftserrichtung zurücktretenden Wert und ferner nur ephemere Bedeutung, weil sie raschem Wechsel ausgesetzt ist. Mit diesen Ausführungen stimmt im Ergebnisse überein Lehmann-Ring (Anm. 1 zu § 182, auch Makower, S. 368), während Petersen und Pechmann (S. 28) in der Statutfeststellung einen selbständigen, bindenden Rechtsakt erblicken. Das ist nicht zutreffend. Daß die Feststeller des Statutes einander verpflichtet sein können, auch Aktien zu übernehmen und die Gesellschaft formell zu errichten, ist freilich nicht zu leugnen. Aber wenn eine solche Verpflichtung besteht, so hat sie eine andere Quelle, nämlich einen nebenher bestehenden Vertrag unter den Gründern (Pfaff-Hoffmann, S. 266).

2. **Die Formvorschrift besteht darin, daß über die Errichtung und den Inhalt des Statutes eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden muß.** § 22.

a) Wann muß die Formvorschrift erfüllt werden? Aus dem Handelsgesetzbuche ergibt sich bloß, daß dies vor Eintragung der Aktiengesellschaft geschehen muß. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß die Formvorschrift in dem Zeitpunkte erfüllt werden muß, in welchem die endgültige, für alle Gesellschaftsmitglieder verbindliche Fassung des Statutes festgestellt wird (so wohl auch Randa II., S. 100). Wenn daher die endgültige Festsetzung des Statutes dem Beschlusse einer kon-

Digitized by Google

stituierenden Generalversammlung vorbehalten bleibt — sei es infolge der Bestimmungen des Aktienregulativs, sei es infolge einer derartigen Festsetzung im Gründungsplane — so wird der Formvorschrift entsprochen, wenn der Beschluß der konstituierenden Generalversammlung auf Festsetzung des Statutes auf die vorgeschriebene Weise beurkundet wird (vergl. § 13, Abs. 5 A. Reg.). Erfolgt die Aktienzeichnung auf Grund eines Statutes, dessen Inhalt als bereits feststehend angesehen wird und an den der Zeichner gebunden sein soll, so muß die Formvorschrift zur Zeit der Zeichnung bereits erfüllt sein. Nirgends hat das Handelsgesetzbuch oder das Vereinsgesetz vorgeschrieben, daß die hier in Rede stehende Formvorschrift erfüllt sein muß, bevor die staatliche Genehmigung erteilt wird; daher bedürfen die Statuten, die dem Gesuche um Erteilung der staatlichen Genehmigung anzuschließen sind, noch nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; von dieser Ansicht scheint auch das Aktienregulativ auszugehen, da es in § 5, Abs. 3 bloß von einem Entwurfe des Statutes spricht; die gegenteilige Ansicht würde auch in der Praxis zu unerträglichen Konsequenzen führen, da doch nicht jedesmal, wenn die Behörde irgend eine Änderung an dem vorgelegten Statute verlangt, die ganze Beurkundungsform von neuem wiederholt werden kann.

§ 23. b) Die Formvorschrift besteht nach dem Handelsgesetzbuche in der Aufnahme einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde über die Errichtung und den Inhalt des Statutes. Da eine gerichtliche Tätigkeit in der erwähnten Richtung in unseren derzeitigen Gesetzen nicht vorgesehen ist (vergl. § 293, KaisP. vom 9. Aug. 1854), so kann der Vorschrift des Art. 208, Abs. 2 in Österreich nur durch Aufnahme einer notariellen Urkunde entsprochen werden. Die Art der Urkunde, die der Notar aufzunehmen hat, richtet sich danach, ob die endgültige Feststellung des Statutes dem Beschlusse einer konstituierenden Generalversammlung vorbehalten ist oder nicht. Im letzteren Falle ist ein Notariatsakt über die Willenserklärung der Person oder derjenigen Personen, die das Statut feststellen, zu errichten (§§ 52 ff. NO.; vergl. auch § 4, Abs. 3 GmbHG.); die notarielle Bekräftigung einer bereits errichteten Privaturkunde im Sinne des § 54 NO. ist nicht genügend (Plaschke-Pitreich, S. 193). Wird das Statut dagegen in einer konstituierenden Generalversammlung endgültig festgestellt (vergl. oben § 22), so bildet deren Beschluß den Akt der Errichtung des Gesellschaftsvertrages, und für die Beurkundung ist die Vorschrift des § 87 NO. über die Beurkundung der Beschlüsse von Generalversammlungen maßgebend.

§ 24. c) Welche Personen bei der Aufstellung des Statutes mitwirken müssen, ist im Gesetze nicht gesagt. In dem Falle, in welchem das Statut erst durch Beschluß einer konstituierenden Generalversammlung endgültig festgestellt wird, ist das beschlossene Statut der Inhalt des Beschlusses, den die Mehrheit der Teilnehmer der Generalversammlung gefaßt hat, und nicht die Willenserklärung einer oder einzelner bestimmter Personen; daher ist auch die Unterschrift bestimmter Personen auf der die Statuten enthaltenden Urkunde nicht notwendig. Die Person desjenigen, der den der konstituierenden Generalversammlung zur Beschlußfassung vorzulegenden Statutenentwurf verfaßt hat, kommt rechtlich nicht in Betracht. Auch in denjenigen Fällen, in denen der end-

Digitized by Google

gültige Inhalt des Statutes nicht durch einen Generalversammlungsbeschluß festgestellt wird, ist eine bestimmte Anzahl von Personen, die an der Feststellung des Statutes mitwirken und die betreffende Urkunde durch ihre Unterschrift vollziehen müssen, nicht vorgeschrieben (anders § 182 d. HGB.). Es genügt also nach dem Handelsgesetzbuche, wenn eine Person das Statut feststellt und auf Grund desselben um Aktienzeichnungen wirbt. Freilich wird dieser Fall in der Praxis selten vorkommen; denn wenn eine einzige Person den Gründungsplan feststellt, wird meist nur ein Statutenentwurf vorliegen und die endgültige Feststellung des Statutes der konstituierenden Generalversammlung vorbehalten sein.

d) Die Verletzung der vorgeschriebenen Form hat zur Folge, daß die Eintragung der Gesellschaft zurückgewiesen werden muß. Erfolgt die Eintragung trotzdem, so besteht die Wirkung der Unterlassung der vorgeschriebenen Beurkundung in der Nichtigkeit der Gesellschaft (vergl. hierüber §§ 2 ff. zu Art. 211). § 25.

III. (Zu Abs. 3.) **Die in diesem Absatze enthaltene Formvorschrift ist die einzige Bestimmung des Handelsgesetzbuches über die Aktienzeichnung.** Die Erläuterung der ganzen Materie erfolgt nach folgenden Gesichtspunkten: § 26.

1. Die Form der Aktienzeichnung, 2. deren Inhalt, 3. die Notwendigkeit einer besonderen Aktienzeichnung, 4. die juristische Konstruktion der Aktienzeichnung und die sonstigen zivilrechtlichen Momente.

1. **Die Form der Aktienzeichnung.** Eine schriftliche Erklärung muß vorliegen. Die schriftliche Erklärung ist derart wesentlich, daß ihr Mangel unheilbar ist. Aus mündlichen Zusagen erwächst der Gesellschaft kein Recht, auch dann nicht, wenn derjenige, der die Beteiligung an der Gesellschaft zugesagt hat, in Bezug auf diese Gesellschaft Aktienrechte ausgeübt hat (AdlCl. 777, 802).[8]) Bloß dasjenige, was infolge der mündlichen Beteiligungszusage an die Gesellschaft wirklich gezahlt wurde, kann infolge der Bestimmung des § 1432 ABGB. nicht zurückgefordert werden (AdlCl. 823; Randa II., S. 50). Mehr als eine schriftliche Erklärung wird aber vom Handelsgesetzbuche nicht gefordert, es genügt jede schriftliche Erklärung, welche die Absicht, Aktien zu zeichnen, klar erkennen läßt (AdlCl. 828). Es ist daher nicht notwendig, daß die schriftliche Erklärung auf einer besonderen Urkunde erfolgt, auch nicht nach dem Aktienregulativ, das in § 6 bloß von schriftlichen Erklärungen, nicht aber von Zeichnungsscheinen spricht (anders nach § 189, Abs. 3 d. HGB.). Daher genügt die Unterschrift auf der Zeichnerliste (AdlCl. 1939; vergl. auch AdlCl. 2410); dagegen ist die bloße Unterfertigung des Prospektes noch keine Aktienzeichnung (AdlCl. 416). Selbstverständlich ist die schriftliche Erklärung desjenigen notwendig, der seine Beteiligung an der Gesellschaft verspricht, deshalb ist in der schriftlichen Notiz eines Dritten, daß ein anderer Aktien gezeichnet hat, keine gültige Aktienzeichnung gelegen (AdlCl. 828). § 27.

Über die sonstigen Erfordernisse der Zeichnungserklärung entscheidet gemäß Art. 1 in Ermanglung von Handelsgebräuchen das bürgerliche Recht, da das Handelsgesetzbuch über die Erfordernisse einer schriftlichen Er-

[8]) Das Gleiche hat der OGH. auch bezüglich des Beitrittes der einzelnen Genossenschafter zu einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (§ 3, Abs. 2 GenG.) ausgesprochen (AdlCl. 2279, 10. April 1907, JBl. 1907, Nr. 25, anders allerdings Gründe bei AdlCl. 2237).

Digitized by Google

klärung nichts enthält (Behrend, § 104, Anm. 4). Die Frage, ob bei Aktienzeichnungen von Illiteraten und Blinden den Bestimmungen des § 886 ABGB., bezw. des Ges. vom 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, entsprochen werden muß, beantwortet sich je nachdem die Aktienzeichnung im gegebenen Falle ein Handelsgeschäft ist oder nicht. Im ersteren Falle zessieren die Vorschriften der genannten Gesetze (vergl. § 5 zu Art. 317). Datierung der Zeichnungserklärung ist nicht erforderlich (AdlCl. 416), Stellvertretung ist stets zulässig (AdlCl. 777). Das gleiche muß auch von der nachträglichen Genehmigung gelten.

In dem Prospekte, auf Grund dessen die Aktienzeichnung erfolgt, oder in dem der Aktienzeichnung zu Grunde gelegten Statutenentwurfe kann eine über die Vorschrift des Handelsgesetzbuches hinausgehende Form für die Gültigkeit der Aktienzeichnung festgesetzt werden. So z. B. kann in den genannten Urkunden bestimmt sein, daß nur solche Aktienzeichnungen wirksam sind, deren Unterschriften gerichtlich oder notariell legalisiert sind. Aktienzeichnungen, welche dieser durch Privatwillkür festgesetzten Formvorschrift nicht entsprechen, sind ungültig (vergl. § 7 zu Art. 317). Auf gleiche Weise kann der Erlag einer bestimmten Kaution als Bedingung für die Gültigkeit der Aktienzeichnung festgesetzt sein; ist dies geschehen, so ist jede nicht mit dem Erlage der geforderten Kaution begleitete Aktienzeichnung unwirksam (Renaud, S. 211; dagegen AdlCl. 416), sofern nicht der Erlag der Kaution gegenüber einem bestimmten Aktienzeichner ausdrücklich oder stillschweigend erlassen wurde.

§ 28. 2. **Der Inhalt der Aktienzeichnung ist im Handelsgesetzbuche nicht festgesetzt.** Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, daß es notwendig und genügend ist, wenn aus der Zeichnungserklärung die Person des Aktienzeichners und der gezeichnete Aktienbetrag ersichtlich sind (AdlCl. 1939, 1967).[9]) Einen bestimmten Inhalt der Zeichnungserklärung verlangt § 6, Abs. 2 A. Reg., freilich nicht mit der Wirkung, daß eine dieser Bestimmung nicht entsprechende Zeichnungserklärung aus diesem Grunde zivilrechtlich unwirksam wäre, sondern bloß mit der Wirkung, daß ein Gesuch um Erteilung der staatlichen Genehmigung zur Errichtung einer Aktiengesellschaft, welchem nicht Zeichnungserklärungen, deren Inhalt der Vorschrift des § 6, Abs. 2 A. Reg. entspricht, angeschlossen sind, keine Aussicht auf günstige Erledigung hat.

§ 29. Nach § 6, Abs. 2 A. Reg. muß die Zeichnungserklärung enthalten:

α) Die in § 3, Z. 1 bis 12 A. Reg. bezeichneten Bestimmungen des Statutes. Daraus ergibt sich für das Anwendungsgebiet des Aktienregulativs die Vorschrift, daß ein Statutenentwurf, der mindestens die in § 3, Z. 1 bis 12 A. Reg. hervorgehobenen Punkte enthält, zur Zeit der Aktienzeichnung bereits vorliegen muß.

β) Die vom Zeichner unterfertigte Erklärung, für den Fall der Errichtung und Konstituierung der geplanten Gesellschaft die gezeichneten Aktien zu übernehmen und bar einzuzahlen. Durch das aufgestellte Erfordernis, daß die Erklärung vom Zeichner gefertigt sein muß, sollte eine Stellvertretung bei der Aktienzeichnung gewiß nicht ausgeschlossen werden. Die Einschränkung, daß die Verpflichtung des Zeichners erst mit der Entstehung der Gesellschaft wirksam wird, ist selbstverständlich (vergl.

[9]) § 189, Abs. 3 d. HGB. setzt den notwendigen Inhalt der Zeichnungserklärung fest.

Digitized by Google

unten § 32). Durch die ausdrücklich zu übernehmende Verpflichtung, die Aktien bar einzuzahlen, sollte anscheinend die grundsätzlich zulässige Kompensationseinwendung des Aktienzeichners gegen die Einlagepflicht beseitigt werden (vergl. Zusatz zu Art. 220 bis 223).

γ) Die Anzahl und Gattung der gezeichneten Aktien. Die Angabe der Aktienart ist nicht notwendig (über den Unterschied von Aktienart und Aktiengattung siehe § 7 zu Art. 209).

δ) Den Emissionskurs, sowie den Betrag und den Zeitpunkt der festgesetzten Einzahlungen, damit der Zeichner sich klar werde über die Verpflichtungen, die er übernimmt.

3. a) **Die Schriftform für die Beteiligungszusage an der künftigen Gesellschaft ist bei der Simultangründung begrifflich ebenso notwendig, wie bei der Sukzessivgründung.**[10]) (über diese Begriffe siehe Zusatz zu Art. 210.) Da jedoch nach österreichischem Rechte die schriftliche Zeichnungserklärung nicht in einer besonderen Urkunde erfolgen muß, so genügt es, wenn die Personen, die das Statut feststellen, in die das Statut enthaltende Urkunde die Verpflichtung zur Übernahme einer bestimmten Anzahl von Aktien aufnehmen und diese Urkunde unterfertigen. Hiedurch ist der Vorschrift des Handelsgesetzbuches, und wenn die erwähnte Verpflichtungserklärung auch die in § 6, Abs. 2 A. Reg. genannten Punkte enthält, auch der Vorschrift des Aktienregulativs über Form und Inhalt der Zeichnungserklärung entsprochen. Haben auf diese Weise die Personen, die das Statut festgestellt haben, alle Aktien übernommen, so bedarf es dann keiner weiteren Zeichnungserklärungen. **§ 30.**

b) **Die vorgeschriebene Schriftform ist sowohl bei der Zusage von Bareinlagen als auch bei der von Sacheinlagen notwendig,** da das Handelsgesetzbuch nicht unterscheidet. Die Bestimmungen des Aktienregulativs über die Zeichnungserklärungen beziehen sich nur auf Bareinlagen, wie aus der Textierung der §§ 6 Abs. 1, 13 Abs. 4, 16 Abs. 7, deutlich hervorgeht. Hieraus folgt, daß bei Sacheinlagen die Zeichnungserklärung den besonderen Bestimmungen des § 6 Abs. 2 A. Reg. nicht entsprechen muß, wie auch das Aktienregulativ vor Genehmigung der Aktiengesellschaft keinen Ausweis über die Sicherung der Aufbringung des in Sacheinlagen bestehenden Aktienkapitals verlangt (§ 8, Abs. 2 A. Reg.; verba: „etwa bereits geschlossene Verträge"). Das Aktienregulativ verlangt also bei Sacheinlagen keinen anderen Inhalt der Aktienzeichnung, als er sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als notwendig darstellt; die Bezeichnung des einzubringenden Gegenstandes und die Angabe des gesamten Nennbetrages der hiefür zu gewährenden Aktien muß als genügend angesehen werden. Sind diese Festsetzungen bereits im Statute enthalten und ist dortselbst die Person des Sacheinlegers genannt (nach § 20 A. Reg. muß dies der Fall sein), so liegt in der Unterfertigung des Statutes durch den letzteren die im Art. 208, Abs. 3 geforderte schriftliche Erklärung.[11]) **§ 31.**

---

[10]) Nach deutschem Rechte ist die Aktienzeichnung nur bei der Sukzessivgründung notwendig. § 189, Abs. 1 d. HGB. bestimmt in dieser Richtung: „Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so hat die Errichtung der Gesellschaft der Zeichnung der übrigen Aktien voranzugehen."

[11]) Nach § 186, Abs. 2 d. HGB. müssen die Gegenstände der Sacheinlagen, die Person der Sacheinleger und der Betrag der hiefür zu gewährenden Aktien im Statute festgesetzt sein. Der Sacheinleger braucht nicht noch außerdem zu zeichnen.

Digitized by Google

§ 32. 4. **Die juristische Konstruktion der Aktienzeichnung und die sonstigen zivilrechtlichen Momente derselben.**

a) **Begriff der Aktienzeichnung.**[12]) Eine juristische Person wird errichtet durch den gemeinschaftlichen Errichtungswillen aller Teilnehmer. Ist die Errichtung der Gesellschaft nicht dem Beschlusse einer konstituierenden Generalversammlung vorbehalten, so vollzieht sich dieser Rechtsvorgang einfach in der Weise, daß die sämtlichen Gründer sich gegenseitig zur Aktienübernahme, das heißt zur Beteiligung, zur Mitgliedschaft an der geplanten Gesellschaft verpflichten. Hat über die Errichtung der Gesellschaft eine konstituierende Generalversammlung Beschluß zu fassen, so tritt eine Modifikation und Komplikation durch die Eigentümlichkeit ein, daß nach gesetzlicher Vorschrift der letzte entscheidende Akt der Errichtung in einem Majoritätsbeschlusse der Interessenten liegt (§ 10 zu Art. 208). Ein Majoritätsbeschluß kann nur dann den allseitigen Konsens ersetzen, wenn alle Beteiligten sich vorher demselben unterworfen haben. Die Unterwerfung aller Beteiligten unter den in der Errichtungsversammlung zu fassenden Majoritätsbeschluß liegt einmal in der Zeichnung. Durch die Zeichnung erklärt der Zeichner, er sei bereit, Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden für den Fall, daß die Errichtungsversammlung ihre Entstehung mit der im Statute festgesetzten Mehrheit beschließt, sei es ohne seine Mitwirkung, sei es sogar gegen seinen Widerspruch in dieser Versammlung. Durch den Beschluß der Errichtungsversammlung kommt dann die Bedingung zu stande, unter welcher die in der Zeichnung liegende Erklärung abgegeben ist. Das ist aber keine Potestativbedingung, keine conditio si voluero, wie sie von Gareis-Fuchsberger (S. 322, Note 21, und S. 413, Anm. 1) bezeichnet wird. Denn jetzt entscheidet die Majorität, auch gegen den Willen des einzelnen.

Die Verpflichtungserklärung des Zeichners wird für diesen verbindlich, sofern er sie aus seiner Machtsphäre herausgelassen hat, also entweder die Erklärung ins Zeichnungsbuch eingetragen oder die auf besonderer Urkunde enthaltene Zeichnungserklärung den Gründern ausgehändigt hat. Um diese Gebundenheit des Zeichners zu erzeugen, bedarf es keiner zivilrechtlichen Annahme seitens der Gründer (Leh-

[12]) Die Literatur über die rechtliche Natur der Aktienzeichnung ist eine umfangreiche, Vergl. die Literaturnachweise bei Renaud §§ 20 bis 22, Lehmann I., S. 344, Note 1. und Lehmann, Handelsrecht, S. 396, dazu insbesondere Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung (1900), Werner, Die Aktienzeichnung als Grundlage für die Gründung der Aktiengesellschaft (Gotha), Reis, Zeichnung und Übernahme von Aktien (in Kohlers Berliner juristischen Beiträgen, 11. Heft); Hellwig, Verträge, S. 250; Silbernagel, S. 134 ff.; Homberger, Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, 1906. Auch in der Judikatur des OGH. finden sich die verschiedensten Ansichten über die rechtliche Natur der Aktienzeichnung vertreten. Die rechtliche Konstruktion derselben als eines nach § 936 ABGB. zu behandelnden Vorvertrages (vergl. AdlCl. 104 und Randa II., S. 98, wo diese Konstruktion allerdings nicht auf alle Fälle der Aktienzeichnung angewendet wird) steht mit der hier vertretenen Auffassung des juristischen Wesens der Aktienzeichnung im Widerspruche. Als unbestritten in der Judikatur kann heute jedenfalls die Aktivlegitimation der Aktiengesellschaft zur Einklagung des gezeichneten Betrages auf Grund der den Gründern gegenüber abgegebenen Zeichnungserklärung angesehen werden (vergl. AdlCl. 2212, 2234). Während in dem ersterwähnten Erkenntnisse die Berechtigung der Aktiengesellschaft noch auf eine Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgeführt wird, klingen die Gründe des zweitgenannten Erkenntnisses bereits an die im Texte angeführte Konstruktion an. Die Annahme derselben für das österreichische Recht ist durch den Schlußsatz des § 7 ABGB. gerechtfertigt, denn es liegt in „der Natur der Sache" (vergl. Gründe bei AdlCl. 2234 und 2225), diese im Gesetze nicht geregelte Frage auf die angegebene Weise zu lösen.

Digitized by Google

mann I., S. 355; Wiener in GZ. 24, S. 486; wohl auch AdlCl. 2234; dagegen verlangen ausdrückliche oder konkludente Annahmeerklärung durch die Gründer AdlCl. 1967, 2212; ebenso AdlCl. 2225 [bezüglich der Genossenschaft]). Die Aktienzeichnung ist eben kein Vertrag und auch keine Offerte zu einem solchen, sondern ein einseitiger, auf Mitgliedschaft in der künftigen Gesellschaft mit Rechten und Pflichten getätigter Akt, ein Statusakt, vergleichbar dem Eintritte in ein Staats- oder Gemeindewesen (Lehmann I., S. 348, 349; Landesberger, S. 122; Werner, S. 25 ff.; Reis, S. 24), einerlei, ob die Zeichnung gleichzeitig mit der Statutfeststellung oder abgesondert von derselben getätigt wird. Die Berechtigung der entstandenen Aktiengesellschaft, auf Grund der den Gründern abgegebenen Zeichnungserklärung vom Zeichner den gezeichneten Betrag zu verlangen, braucht daher auf keine fingierte Zession und keinen Vertrag zu Gunsten Dritter zurückgeführt zu werden. Die Gebundenheit des Aktienzeichners kann nicht ungemessene Zeit fortdauern, obzwar das Handelsgesetzbuch in dieser Hinsicht keine Frist festsetzt.[13]) Hat der Zeichner selbst in der Zeichnungserklärung den Vorbehalt gemacht, daß die Zeichnung unverbindlich sein soll, wenn in einem gewissen Zeitpunkte die Gesellschaft nicht errichtet ist, so erlischt die Gebundenheit des Zeichners, wenn zu dem angegebenen Zeitpunkte die Errichtung der Gesellschaft nicht stattgefunden hat. Aber auch ohne solche ausdrückliche Erklärung muß der Verpflichtungserklärung des Zeichners der stillschweigende Vorbehalt subintelligiert werden, daß die Gesellschaft binnen einer angemessenen Frist errichtet wird. Tritt diese Voraussetzung nicht ein, so verliert die Zeichnung ihre Bindung (Lehmann I., S. 336; Renaud, S. 220). Welche Frist angemessen ist, hat der Richter zu beurteilen; die diesbezügliche Feststellung ist Feststellung des stillschweigend erklärten Parteiwillens, unterliegt daher nicht der Überprüfung durch das Revisionsgericht.

Eine andere Frage ist, wann für den Zeichner ein unentziehbares Recht auf Mitgliedschaft gegen die Gesellschaft entsteht. Die Verpflichtungserklärung des Zeichners, sein „bindendes Aufnahmegesuch" (Averbeck a. a. O., S. 20), kann jedenfalls von der Gesellschaft selbst, nachdem dieselbe ins Leben getreten ist, auf jede zivilrechtlich gültige Weise akzeptiert werden. Vor diesem Zeitpunkte aber kann eine Akzeptation, welche die Gesellschaft selbst, nicht bloß die Person der Gründer in ihrer privaten Rechtssphäre bindet, nur durch solche Akte erfolgen, in welchen die Gründer in öffentlicher und feierlicher Form der Gesamtheit der Zeichner gegenüber erklären, welche Zeichnungserklärungen sie akzeptieren, mit welchen Zeichnern zusammen sie die Gesellschaft bilden wollen. Ein solcher Akt liegt in der Einreichung der Zeichnerliste bei der politischen Behörde, wie es nach § 6, Abs. 1 A. Reg. vorgeschrieben ist, oder in der Einreichung der Mitgliederliste zum Handelsregister, endlich darin, daß die Gründer in der konstituierenden Generalversammlung Zeichner zur Ausübung des Stimmrechtes zulassen (vergl. Lehmann, I., S. 358; zustimmend Landesberger, S. 122; a. M. Reis, S. 39; Homberger, S. 15). In letzterem Akte wird eine bindende Annahme stets

[13]) Verschiedene Aktiengesetze befristen die Gebundenheit des Zeichners (vergl. Lehmann I., S. 336). Nach § 189, Abs. 3, Z. 4, d. HGB., muß in dem Zeichnungsscheine der Zeitpunkt angegeben sein, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist.

Digitized by Google

dann gelegen sein, wenn eine Einreichung der Zeichnerliste bei der politischen Behörde nicht stattgefunden hat (weil das Aktienregulativ keine Anwendung findet), da das Handelsgesetzbuch selbst eine Vorlage der Zeichnungsscheine oder einer Liste der Zeichner bei Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nicht vorschreibt (§ 6 zu Art. 210). Ist also keine Zeichnerliste der Verwaltungsbehörde vorgelegt und keine konstituierende Generalversammlung abgehalten worden, so kann eine für die Gesellschaft bindende Annahme vor Entstehung derselben nur dadurch erfolgen, daß mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister eine Zeichnerliste vorgelegt wird und die akzeptierten Zeichnungserklärungen eingereicht werden.[14]) Auf diese Weise beantwortet sich die Frage, ob — soweit es sich um das Mitgliedschaftsrecht des Zeichners handelt — schon die Aufforderung zur Zeichnung seitens der Gründer oder erst die Zeichnung eine Offerte ist, und eventuell eine Offerte welchen Inhaltes und wann sie als akzeptiert gilt.

Daß die Aufforderung zur Zeichnung eine bindende Offerte sei[15]), von der die Gründer nach Akzeptation durch den Zeichner bloß wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit des Zeichners zurücktreten könnten, wie Petersen und Pechmann (S. 48 ff.) und Randa (II., S. 97) lehren (vergl. auch Gründe bei AdlCl. 2225), ist schon von Simon (in GZ. 36, S. 358) zutreffend durch den Hinweis darauf widerlegt, daß die Gründer doch nicht gezwungen werden können, alle Zeichner als Gesellschafter zu akzeptieren, da sie doch nicht hindern können, daß sich mehr Zeichner melden, als Aktien ausgegeben werden sollen. (Dies gibt auch Randa zu.) Es ist die Frage angeregt worden, ob aus der Akzeptation der Zeichnung eine Klage auf Leistung der statutenmäßig festgesetzten Einzahlung entspringe. Nach dem hier Gesagten könnte es den Anschein haben, als sei die Frage zu bejahen. Allein durch Zeichnungsofferte und Gründerakzeptation wird kein Vertrag begründet, durch welchen dem einen Kontrahenten gegen den anderen Leistungsansprüche erwachsen. Vielmehr wird nichts anderes erzeugt, als die Verpflichtung, Mitglied der Gesellschaft zu werden, wenn dieselbe gegründet wird, und alsdann an die Gesellschaft den Mitgliedsbeitrag zu leisten (so formuliert bei AdlCl. 2234; Links 9331); aber in irgend einer Weise dafür zu sorgen, daß sie begründet wird, sei es durch Teilnahme an der Er-

---

[14]) Behrend (§ 105, Anm. 11) nimmt die Möglichkeit jeder zivilrechtlich gültigen Akzeptation an, auch durch konkludente Handlungen. Indessen die offizielle Akzeptation als Gründer mit der Wirkung, daß die Annahmeerklärung für die werdende Gesellschaft unwiderruflich ist, kann nur in jenen offiziellen Akten gefunden werden. Vorher besteht vielleicht ein obligatorischer Anspruch des Zeichners gegen die Gründer, die Zeichnung zu akzeptieren, aber keine Anwartschaft auf die Mitgliedschaft (vergl. Lehmann I., S. 357, 358; vergl. Averbeck a. a. O., S. 17: „Als Annahmeakt der Zeichnung kann nur ein Akt anerkannt werden, der die Zeichnung unmittelbar in den Gründungshergang hineinzieht."

[15]) Behrend (§ 105, Anm. 2) gibt nur zu, daß dieser Standpunkt in den meisten Fällen der Sachlage entspricht; er will aber dann, wenn die Aufforderung zur Zeichnung an bestimmte Personen gerichtet wird, ja selbst dann, wenn sie sich allgemein an das Publikum richtet, doch mit vorgesehenem Verteilungsmaßstab für den Fall der Überzeichnung, in der Zeichnung die Annahme einer Offerte erblicken. Allein eine an das Publikum gerichtete Offerte ist niemals eine bindende Offerte (Art. 338). Eine an bestimmte Personen gerichtete Einladung aber mag die Gründer persönlich binden. In ihrer offiziellen Eigenschaft als Bildner einer werdenden Gesellschaft muß ihnen im öffentlichen Interesse das Recht zustehen, die Zeichnerschaft nach freiem, schrankenlosem Ermessen zurückzuweisen, und das steht der zivilrechtlichen Einladung immer entgegen, was Behrend (Anm. 10) mit Unrecht leugnet.

Digitized by Google

richtungsversammlung oder durch Leistung der festgesetzten Einzahlung, dazu verpflichtet sich der Zeichner nicht (AdlCl. 1253; vergl. AdlCl. 2301, 2212; AmtlS. 787[16]); dagegen Behrend, § 105, Anm. 12, und AdlCl. 1967; Werner, S. 41; Reis, S. 27). Der Umsicht und dem Geschicke der Gründer ist es überlassen, das Gründungsgeschäft derart zu besorgen, daß die Einzahlungen, die nach dem Statute vor Errichtung der Gesellschaft zu leisten sind und deren Leistung in der konstituierenden Generalversammlung (vergl. § 5 zu Art. 210) auszuweisen ist, auch geleistet werden. Am besten geschieht dies dadurch, daß von vornherein erklärt wird, es würden nur solche Zeichnungen berücksichtigt, denen die Zahlung beigefügt wird (vergl. Ring, Anm. 1 zu Art. 209e und oben § 27).

b) **Ist die Aktienzeichnung ein Handelsgeschäft?** Ein absolutes Handelsgeschäft ist sie schon deshalb nicht, weil sie nicht notwendig zum Zwecke der Weiterveräußerung geschieht. Liegt aber auch in concreto diese Absicht vor, so fehlt das andere Kriterium des Art. 271, Nr. 1, da in Konsequenz der neuesten Rechtsprechung ein Anschaffungsgeschäft nicht vorliegt. Sie kann aber akzessorisches Handelsgeschäft sein (RG. 4, S. 311; Behrend, § 104, Anm. 3). Völlig abzuweisen ist die Idee Gareis-Fuchsbergers (S. 323, Anm. 22), welche in der Aktienzeichnung ein absolutes Nichthandelsgeschäft sehen (vergl. hierüber § 3 zu Art. 273). **§ 33.**

c) **Zivilrechtliche Erfordernisse bei der Aktienzeichnung und Willensmängel.** Außer der Form, über welche oben gehandelt ist, ist noch erforderlich, daß die allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen einer gültigen Willenserklärung vorliegen. Verpflichtungsunfähigkeit des Zeichners bewirkt Nichtigkeit der Zeichnung (Lehmann, I., 335; Werner, S. 57). Erforderlich ist, daß der Zeichner in eigenem Namen gezeichnet hat; ob er dies auch für eigene Rechnung getan oder für fremde Rechnung, ist gleichgültig. Die **Strohmänner** sind wahre Zeichner (RG. 28, S. 77; 41, S. 13; RG. in Strafsachen 30, S. 312; RG. bei Seuff Arch. 57, Nr. 41). Weiter ist erforderlich, daß der Aktienzeichner überhaupt eine Aktienzeichnung gewollt hat. Würde er sich hierüber in einem wesentlichen Irrtume befunden haben, so würde er nach den allgemeinen Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches mit Erfolg die Zeichnung anfechten können (ROHG. 5, S. 415; RG. 9, S. 37 bis 40; Wiener in GZ. 24, S. 459; 472 bis 474).[17]) Hat aber der Zeichner wirklich zeichnen wollen, so kann er die Zeichnung wegen Irrtums oder Betruges oder wegen einer Scheinerklärung nicht anfechten. Dies ist die in deutscher Literatur und Judikatur herrschende Ansicht; eine andere Meinung vertritt Reis (a. a. O., S. 49). Denn hier ist davon auszugehen, daß die Zeichnung nicht bloß eine Erklärung gegenüber den Gründern als Privatpersonen ist, sondern daß sie dazu bestimmt ist, ein Teil der Grundlagen einer in das Verkehrsleben tretenden Gesellschaft zu werden. Die Erklärung wird somit nicht bloß den Gründern **§ 34.**

---

[16]) Jedoch kann die Aktiengesellschaft das Erfordernis der Einzahlung eines bestimmten Teiles des gezeichneten Aktienkapitales dadurch herstellen, daß sie die gezeichneten, aber nicht eingezahlten Aktien selbst übernimmt oder einem anderen bedingungsweise überläßt; ist sie nach Errichtung imstande, diese Aktien dem Zeichner zu gewähren, so kann sie von ihm den gezeichneten Betrag verlangen (AmtlS. 787).

[17]) Denn hier hat der Zeichner die mit den eigentümlichen Wirkungen verbundene Erklärung gegenüber dem Verkehre nicht abgegeben.

Digitized by Google

gegenüber, sondern auch dem Verkehre gegenüber abgegeben und kann daher nicht so einfach angefochten werden, wie eine einem bestimmten privaten Gegenkontrahenten abgegebene Erklärung, wie ja auch die aus der Wechselzeichnung entspringende Verpflichtung so leichter Anfechtung nicht ausgesetzt ist (vergl. Staub-Stranz, WO., Anm. 9, und § 25 zu Art. 82; Krainz-Ehrenzweig, § 325, Note 20; Hasenöhrl II., S. 45). Aus diesem Gesichtspunkte haben die deutschen Gerichte der Gesellschaft gegenüber zurückgewiesen den Einwand des Zeichners, er sei durch falsche Vorspiegelungen der Gründer oder ihrer Agenten zur Zeichnung verleitet worden (Bolze 7, Nr. 644; OLG. Dresden, Seuff Arch. 60, Nr. 215; vergl. auch RG. 57, S. 292 bezüglich der Erklärung des Beitrittes zu einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft), desgleichen den Einwand, er habe laut Abrede mit den Gründern nur zum Schein gezeichnet (Bolze 12, Nr. 509; so auch Randa II., S. 100), und endlich den Einwand, er habe sich über den Umfang der übernommenen Verpflichtung geirrt (RG. 19, S. 124). Mit Unrecht will Pinner, S. 43 die nicht ernstlich abgegebenen Willenserklärungen anders behandeln. Vielmehr muß hier dem Verkehre gegenüber eine Mentalreservation, die ohne rechtliche Bedeutung ist (Krainz-Ehrenzweig, § 105), als vorliegend angenommen werden. Auch die durch Drohung herbeigeführte Willenserklärung ist (gegen Pinner, S. 43; Cosack, S. 608; Lehmann I., S. 355, und Wiener a. a. O., S. 435) nicht anders zu behandeln; auch bei ihr liegt der Wille zu zeichnen, Mitglied der Gesellschaft zu werden, vor; die solchergestalt abgegebene Willenserklärung kann aber nicht, wie sonst, angefochten werden, weil sie eine allgemeine Bedeutung hat. Diese den Bedürfnissen des Verkehres entsprechenden Grundsätze finden auch in den positiven Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ihre Begründung. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch steht auf dem grundsätzlichen Standpunkte, daß jedermann an seine Erklärung gebunden ist, mag er dabei geirrt haben oder nicht, mag er zu der Erklärung gezwungen worden sein oder nicht. Irrtum und Zwang sind für den Rechtsbestand einer Erklärung nur dann von Erheblichkeit, wenn sie von dem anderen Kontrahenten hervorgerufen und gekannt und benützt wurden (§§ 871, 875, 876 ABGB.). Daraus folgt, daß eine Erklärung, welche nicht gegenüber einem bestimmten Kontrahenten, sondern gegenüber der Allgemeinheit abgegeben worden ist, aus dem Rechtsgrunde des Irrtums, Zwanges oder Betruges überhaupt nicht angefochten werden kann (vergl. Hasenöhrl II., S. 45). In allen hier gedachten Fällen mag sich der Zeichner wegen der mißlichen Folge seiner durch Täuschung oder Drohung herbeigeführten Zeichnung an denjenigen halten, der ihn zur Zeichnung veranlaßt hat (RHG. 22, S. 200; § 874 ABGB.). Ebensowenig steht dem von den Gründern irregeführten Zeichner ein Schadenersatzanspruch gegen die Gesellschaft zu (RG. 54, S. 129; OLG. Dresden bei Seuff Arch. 60, Nr. 215; RG. 62, S. 29; Staub bei Holdheim 10, S. 133; Sievers, DJZ. 1903, S. 88; Bolze, Leipziger Z. f. Handels-, Konkurs- und VerfR. 1907, S. 1; a. M. Lehmann bei Holdheim 12, S. 195). Auf den Ankauf eigener Aktien von der Gesellschaft (vergl. § 3 im 3. Exkurse zu Art. 248) finden diese Grundsätze keine Anwendung (vergl. Bolze, Leipziger Z. 1907, S. 1). Der Käufer kann nach allgemeinen Grundsätzen den Aktienkauf anfechten, Gewährleistungsansprüche stellen (vergl. Hagens, Leip-

Digitized by Google

ziger Z. 1907, S. 241) und überhaupt Schadenersatzansprüche gegen die Gesellschaft wegen eines beim Verkaufe unterlaufenen dolosen Vorgehens der Gesellschaftsorgane stellen, auch wenn der Aktienerwerb als solcher gültig und unanfechtbar ist (a. M. RG. 62, S. 29; Hagens a. a. O.).

d) **Beschränkungen der Verpflichtung des Zeichners**, die die schriftliche Zeichnungserklärung nicht ersichtlich macht, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam, freilich nicht infolge der Bestimmung des § 887 ABGB. — dies gegen die Gründe bei AblCl. 416 — da die Gesetzesbestimmung auf die schriftliche Zeichnungserklärung aus verschiedenen Gründen nicht anwendbar ist (vergl. § 8 zu Art. 317; anders Randa II., S. 100)[18]), sondern weil der Zeichner seine Beitrittserklärung dem Verkehre und nicht den Gründern gegenüber abgegeben hat, er sie daher in jener Form und mit jenem Inhalte gelten lassen muß, wie der Verkehr diese Erklärung als gegeben ansehen kann. Daher kann für Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Zeichners nur der Inhalt der schriftlichen Zeichnungserklärung maßgebend sein, und zwar auch gegenüber der Aktiengesellschaft, da diese bei Geltendmachung der Verpflichtung des Zeichners auch die Interessen der an dem Rechtsbestande der aus der Zeichnung entspringenden Verpflichtung interessierten Dritten wahrnimmt (Wiener a. a. O., S. 467). Dagegen ist nirgends ausgesprochen, daß in der schriftlichen Zeichnungserklärung selbst enthaltene Bedingungen, Beschränkungen und Vorbehalte für nicht geschrieben anzusehen sind (Wiener a. a. O., S. 471; Lehmann, I., S. 335). Die zur Erteilung der staatlichen Genehmigung zuständige Verwaltungsbehörde, eventuell der Registerrichter, wird allerdings zu beurteilen haben, ob durch mit solchen Bedingungen und Beschränkungen versehene Zeichnungserklärungen überhaupt ein Beleg für die Aufbringung des Grundkapitals erbracht ist. **§ 35.**

Zusatz. In welcher Weise die Zeichnungen geworben werden, ist im Gesetze nicht gesagt. Die Werbung kann auf privatem Wege oder durch Erlassung öffentlicher Aufforderungen und Bekanntmachungen erfolgen. Letzteres ist jedoch nur dann gestattet, wenn im Sinne des § 7 VerG. die Ermächtigung zur Vornahme vorbereitender Maßregeln erwirkt wurde (§ 3, Abs. 1 A. Reg.; vergl. oben § 3). Haben die Konzessionäre auf diesem Wege um Zeichnungen geworben, so müssen sie dem Gesuche um Erteilung der endgültigen Bewilligung Exemplare der erlassenen öffentlichen Aufforderungen und Bekanntmachungen anschließen (§ 6, Abs. 3 A. Reg.); die Verwaltungsbehörde soll hiedurch die Möglichkeit gewinnen, die Genehmigung zu versagen, wenn bei Erlassung der öffentlichen Aufforderungen Inkorrektheiten vorgefallen sind (B. Mayer, Emission von Wertpapieren, S. 56). Auch diese Bestimmung soll einen teilweisen Ersatz für die gesetzlich nicht ausgesprochene Gründerverantwortlichkeit bieten. Eine besondere Art öffentlicher Subskriptionsaufforderung ist der **Prospekt**; das ist eine öffentliche Bekanntmachung, in der die Gründer alle auf die Errichtung der Gesellschaft bezüglichen Verträge und Vorgänge bekannt machen (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 155). Ein solcher Prospekt ist *nicht vorgeschrieben, aber gestattet*. Erfolgt die Zeichnung auf Grund erlassener öffentlicher Aufforderungen, so haben letztere die Bedeutung von leges contractus (B. Mayer a. a. O., S. 20). Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn zur Zeit der Aktienzeichnung ein Statuten- **§ 36.**

[18]) § 189, Abs. 5, d. HGB. spricht ausdrücklich die Unwirksamkeit jeder im Zeichnungsscheine nicht enthaltenen Beschränkung gegenüber der Gesellschaft aus.

Digitized by Google

entwurf noch nicht vorliegt (soweit das Aktienregulativ Anwendung findet, kann dies allerdings nicht der Fall sein). In diesem Falle genügt es für die Rechtsgültigkeit der Aktienzeichnung, wenn in den öffentlichen Aufforderungen zu derselben die Grundzüge der künftigen Aktiengesellschaft, Höhe des Grundkapitals, Art der Aufbringung desselben, Höhe der einzelnen Aktien, Gegenstand des Unternehmens, klar enthalten sind (vergl. oben § 21; Behrend, § 104, Note 11 und die dort angeführte Judikatur; Randa II., S. 98). Daß der Inhalt des endgültig festgestellten Statutes im wesentlichen dem Inhalte der öffentlichen Aufforderung entspricht, ist für den Eintritt der Gebundenheit des Aktienzeichners genügend und notwendig (AdlCl. 2212, AmtlS. 787: Wegfall der Zahlungspflicht des Aktienzeichners, weil die Gesellschaft mit einem geringeren statutenmäßigen Grundkapital errichtet wurde, als nach der Zeichnungserklärung vorgesehen war). Bei Entscheidung der Frage, ob diese Übereinstimmung vorliegt, ist selbstverständlich auf Art. 278 Bedacht zu nehmen (AdlCl. 1939: eine in der Subskriptionsaufforderung nicht vorgesehene Abzweigung einer Lokalbahn verändert noch nicht den Gegenstand des Unternehmens; vergl. auch AdlCl. 2068). Vergl. hiezu Renaud, S. 216. Soweit in dem Prospekte ein Rat zum Erwerbe der Aktien der künftigen Gesellschaft gelegen ist, richtet sich die Haftung für den Inhalt des Prospektes nach bürgerlichem Rechte (vergl. § 1300 ABGB.).

Artikel 209.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Genehmigung erfolgen soll, muß insbesondere bestimmen:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Zeitdauer des Unternehmens, im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
4. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien oder Aktienanteile;
5. die Eigenschaft der Aktien, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt werden sollen, ingleichen die etwa bestimmte Zahl der einen und der anderen Art, sowie die etwa zugelassene Umwandlung derselben;
6. die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, sowie die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt;
7. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft;
8. die Form, in welcher die Zusammenberufung der Aktionäre geschieht;
9. die Bedingungen des Stimmrechtes der Aktionäre und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird;
10. die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Aktionäre, sondern nur durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß gefaßt werden kann;

Digitized by Google

11. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Vorbemerkung. Der Artikel bestimmt diejenigen Punkte, auf welche das Statut sich zu erstrecken hat, damit die staatliche Genehmigung der Aktiengesellschaft erfolgen kann. Es bleibt jedoch einerseits der Staatsbehörde unbenommen, die staatliche Genehmigung zu erteilen, trotzdem das Statut nicht über alle in diesem Artikel angegebenen Punkte Bestimmungen enthält, andrerseits kann die Staatsbehörde die Erteilung der Genehmigung davon abhängig machen, daß in dem Statute noch andere Punkte geregelt werden (Hahn, § 1 zu Art. 209). Die Staatsverwaltung kann das Verlangen nach einem über die Vorschrift des Art. 209 hinausgehenden Inhalt des Statutes entweder im einzelnen Falle stellen oder allgemein verlautbaren, welche Punkte im Statute geregelt werden müssen, damit die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft erteilt wird. Letzteres ist durch Erlassung des Aktienregulativs geschaffen (vergl. § 8 zu Art. 207). Nach demselben muß das Statut außer den in Art. 209 erwähnten Punkten noch eine Reihe anderer Punkte regeln, wobei das Aktienregulativ der Freiheit statutarischer Festsetzung bei den verschiedenen der Regelung bedürftigen Punkten verschieden weite Grenzen gezogen hat. Auf diesem Wege sollte die derzeit noch nicht erreichbare gesetzliche Regelung einer Anzahl aktienrechtlicher Fragen einstweilen durch eine statutarische Regelung ersetzt werden. Daß die Statute hiedurch einen beträchtlichen Umfang erreichen, ist unvermeidlich. Die rechtliche Bedeutung der im Aktienregulativ und im Handelsgesetzbuche enthaltenen Vorschriften über den Inhalt des Statutes ist im Hinblick auf die verschiedene rechtliche Natur dieser beiden Rechtsquellen eine verschiedene. Entspricht der Inhalt des Statutes den Bestimmungen des Art. 209 HGB., aber nicht denen des Aktienregulativs, und erteilt die Verwaltungsbehörde trotzdem die Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft, so kann der Registerrichter niemals aus dem Grunde, daß der Inhalt des Statutes nicht den Bestimmungen des Aktienregulativs entspricht, die Eintragung der Gesellschaft verweigern. Dagegen muß der Registerrichter auch die Eintragung der staatlich genehmigten Gesellschaft verweigern, wenn das Statut nicht dem Art. 209 entspricht (a. M. Renaud, S. 333, und die vorige Auflage). Über die Frage, ob und wann eine staatlich genehmigte und eingetragene Gesellschaft, deren Statut nicht den in Art. 209 vorgeschriebenen Inhalt hat, nichtig ist, siehe §§ 2 ff. zu Art. 211. § 1.

Im einzelnen ist über die in diesem Artikel aufgezählten Punkte des Gesellschaftsvertrages das Folgende zu bemerken.[1])

Ziffer 1. Firma und Sitz der Gesellschaft. § 2.

a) Firma und Name der Gesellschaft sind bei der Aktiengesellschaft identisch (RG. 1, S. 26; 3, S. 68). Über die Firma vergl. Art. 18, sowie § 7 zu Art. 22. Hinzuzufügen ist nur noch, daß es nicht unzulässig ist, der Gesellschaft bei ihrer Entstehung die Firma des Geschäftsvorgängers mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze zu geben.[2]) Es ist dies

[1]) Bei Erläuterung des Art. 209 wird nur derjenige Inhalt des Statutes berücksichtigt, der nach dieser Gesetzesstelle vorgeschrieben ist; über die durch das Aktienregulativ vorgeschriebenen Ergänzungen des Inhaltes des Statutes wird bei Darstellung derjenigen Materie, deren statutarische Regelung durch das Aktienregulativ vorgeschrieben ist, gehandelt werden.

[2]) Die Zustimmung des bisherigen Geschäftsinhabers ist nach dem Aktienregulativ bereits vor Erteilung der staatlichen Genehmigung der Verwaltungsbehörde nachzuweisen (§ 21, Abs. 2 AReg.).

Digitized by Google

praktisch ebenso wichtig wie in Wahrheit häufig vorkommend. Die Bedenken Völderndorffs (S. 294) hiegegen können nicht geteilt werden. Es ist nicht abzusehen, warum nicht durch den Illationsvertrag mit dem Geschäfte das Firmenrecht inferiert und durch das Statut bestimmt werden kann, es solle die so erworbene Firma von der Aktiengesellschaft mit einem das Nachfolgerecht andeutenden Zusatze fortgeführt werden. (Gleicher Ansicht Petersen und Pechmann, S. 337.) Als unzulässig muß allerdings die Übernahme der Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft samt dem auf das Vorhandensein einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Genossenschaft hinweisenden Zusatze angesehen werden (§ 5, Abs. 2 GmbHG.; § 4, Abs. 1 GenG.); durch die Firma darf der Verkehr nicht über die tatsächlich vorhandene Assoziationsform irregeführt werden (vergl. Škerlj, N. 1 zu § 5 GmbHG.).

Änderungen der bestehenden Firma einer Aktiengesellschaft setzen stets eine Statutenänderung voraus (AmtlS. 938; vergl. auch § 7 zu Art. 22).

§ 3. b) Der Sitz der Gesellschaft ist nicht bloß der Ort, in welchem sich der Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit befindet, oder auch nur der Ort, von welchem aus der Vorstand die Verwaltung leitet. Vielmehr kann der Sitz hier willkürlich gewählt werden (Johow 13, S. 42; Ring, Anm. 9 mit Literaturnachweisen für und wider; vergl. ROHG. 17, S. 315, 21, S. 37; OLG. Hamburg bei Seuff. Arch. 54, Nr. 36; Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrecht, S. 128; anders Lehmann, in Kohler und Rings Arch. 9, S. 356). Die hierin liegende Abweichung von dem, was bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft Rechtens ist, ergibt sich aus dem Gesetze. Bei diesen letzteren Gesellschaften ist der Sitz der Gesellschaft anzumelden, das heißt nicht ein freigewählter, sondern der Ort, wo die Gesellschaft in Wahrheit ihren Sitz hat. Hier bei der Aktiengesellschaft ist dem Gesellschaftsvertrage ausdrücklich anheimgegeben, den Sitz zu vereinbaren. Die von uns bekämpfte Auffassung hat auch Eingang in das Aktienregulativ gefunden, indem § 22 desselben bestimmt: „Der im Statute als Sitz der Gesellschaft bezeichnete Ort muß mit dem Orte der Handelsniederlassung der Gesellschaft . . . übereinstimmen." Die Bestimmung ist richtig dahin zu interpretieren, daß an dem im Statute als Sitz der Gesellschaft bezeichneten Orte sich auch der Sitz der Verwaltung befinden muß (Landauer, S. 54). Dieselbe Ansicht ist übrigens auch die in der Praxis herrschende; so wurde bei Budwinski 1488 ausgesprochen, daß die Verwaltungsbehörde der Gesellschaft auftragen kann, ihren faktischen Sitz nach dem statutarischen zu verlegen, wenn beide nicht übereinstimmen; in demselben Erkenntnisse hat aber der Verwaltungsgerichtshof auch ausgesprochen, daß der Ort, an dem die Bücher und Kassen der Gesellschaft sich befinden, noch nicht deren faktischen Sitz begründe.

Der Sitz ist ein einheitlicher. Die Aktiengesellschaft kann nicht einen mehrfachen Sitz haben (Art. 210, Abs. 1; 211, Abs. 1; 212, Abs. 2; 214, Abs. 2; Lehmann-Ring I., S. 383). Insbesondere begründet eine Zweigniederlassung kein zweites Domizil (ROHG. 17, S. 315), wenn auch einen besonderen Gerichtsstand.

Der Sitz muß selbstverständlich innerhalb der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder gelegen sein (§ 22 A. Reg. hebt dies zum Überflusse ausdrücklich hervor). Vergl. § 5, Abs. 4 GmbHG.

Digitized by Google

Der Sitz kann auch verlegt werden, nämlich in den Formen der Statutenänderung.[3]) (So auch § 22 A. Reg.)

Über Verlegung des Sitzes nach dem Auslande siehe § 10 zu Art. 242.

Ziffer 2. Gegenstand des Unternehmens. Hier wird behauptet, daß der Gegenstand des Unternehmens bestimmt umgrenzt sein müsse (Völderndorff, Behrend, Holdheim — letzterer in seiner Wochenschrift II., S. 291) und es werden daher allgemeine Wendungen, wie z. B. „Betrieb von Handel und Industrie", „ähnliche verwandte Geschäfte" usw. für unzulässig erklärt. Dagegen wird eine freiere Ansicht von Primker (bei Endemann I., S. 527) vertreten (vergl. auch Lehmann in Iherings Jahrbüchern 33, S. 411, 412). Für das österreichische Recht, welches noch an dem Erfordernisse der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft und des Gesellschaftsstatutes festhält, wird die ersterwähnte Auffassung als die zutreffende bezeichnet werden müssen, denn nur dann hat die staatliche Gnehmigung des statutarisch bestimmten Gegenstandes des Unternehmens einen Zweck, wenn der Gegenstand des Unternehmens bis zu einem gewissen Grade fest umgrenzt ist (vergl. auch § 23 A. Reg.). In der Praxis finden wir auch in den Statuten der meisten Aktiengesellschaften eingehende und ausführliche Bestimmungen über Gegenstand und Zweck der Gesellschaft. Im konkreten Falle entscheidet das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde, ob die Umgrenzung des Gegenstandes des Unternehmens eine genügend bestimmte ist. Welche rechtliche Bedeutung die Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens hat, daß sie hinsichtlich der Vertretungsmacht des Vorstandes lediglich eine interne Geschäftsführungsanweisung ist, darüber siehe § 1 zu Art. 231. Vergl. auch § 2 zu Art. 215. § 4.

Ziffer 3. Die Festsetzung der Zeitgrenze. Ist die Dauer der Gesellschaft nicht angegeben, so ist sie auf unbestimmte Zeit errichtet; eine Zeitgrenze muß, wenn sie gelten soll, im Gesellschaftsvertrage fixiert sein. Der Unterschied beider Fälle (Nichtfixierung und Fixierung der Zeitgrenze) ist folgender: im ersten Falle dauert die Gesellschaft so lange, bis die Auflösung beschlossen wird; im letzteren Falle tritt mit Ablauf der fixierten Zeit die Auflösung von selbst ein (Art. 242, Nr. 1). Die Auflösung kann zwar auch bei fixierter Zeitdauer vorher beschlossen werden, dann aber nur in Form der Statutenänderung, was bei nicht fixierter Zeitdauer anders ist (Ring, Anm. 2 zu Art. 209 a). § 5.

Die Fixierung der Zeitdauer muß bestimmt sein. Doch wird man dabei nicht formalistisch verfahren und nicht bestimmte Daten auch dann verlangen, wenn schon aus anderen Vertragsbestimmungen, z. B. über den Gegenstand des Unternehmens, die in Aussicht genommene Zeitdauer der Gesellschaft als eine zeitlich bestimmte sich ergibt.

Ziffer 4. Die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien und Aktienanteile. Die Feststellung einer Grundziffer, welche der Anteilsberechnung zu Grunde gelegt wird, ist der Aktiengesellschaft ebenso wesentlich wie die Einlegung von Vermögenswerten bei Entstehung der Gesellschaft. Daher ist nach der vorstehenden Ziffer 4 absolut notwendig die Angabe der Grundziffer und der Teilbeträge, in welche sie zerlegt wird. Angabe dieser Ziffern in Kronenwährung ist nicht vorgeschrieben (anders § 6 GmbHG.). Enthält das Statut über diesen Punkt keine weitere Angabe, so entspricht die Grundziffer dem ein- § 6.

[3]) Die Sitzverlegung erfolgt in der Weise, daß der Beschluß im Register des bisherigen und alsdann im Register des neuen Sitzes eingetragen wird. Erst mit der letzten Eintragung ist der Beschluß rechtswirksam, der Sitz also verlegt. (Vergl. L. G. Mannheim bei Holdheim II., S. 288.)

Digitized by Google

gelegten Barbetrage oder dem festgestellten Werte der Sacheinlagen. Da die Emission von Aktien unter dem Nennwerte unstatthaft ist (vergl. § 12 zu Art. 207 und § 1 zu Art. 222), die Ausgabe von Aktien aber zu einem den Nennwert übersteigenden Ausgabekurs zulässig ist (vergl. § 28, Abs. 10 A. Reg.), das Grundkapital jedoch die Summe der Nennwerte der ausgegebenen Aktien bildet (vergl. § 24, Abs. 2 A. Reg.), so kann das Grundkapital zwar eine niedrigere, aber niemals eine höhere Ziffer als die Summe der Einlagen bilden; ersteres muß stets aus dem Statute zu entnehmen sein. Nach § 24, Abs. 2 A. Reg. ist im Statute die Höhe des Grundkapitals stets nach dem Stande der tatsächlich emittierten Aktien anzugeben; daher ist es nicht gestattet, ein Grundkapital festzusetzen mit der Maßgabe, daß zunächst nur ein Teil desselben (erste Serie) zur Ausgabe gelangen soll. Jedes nicht ganz gezeichnete, nicht ganz emittierte Kapital ist kein solches; das ergibt sich übrigens bereits aus dem Gesetze und das Aktienregulativ richtet seine Vorschrift bloß gegen eine oft geübte, dem Gesetze widersprechende Praxis.

Eine Minimalhöhe des Grundkapitals ist nicht vorgeschrieben.[4]) Das Aktienregulativ (§ 24, Abs. 1) bestimmt bloß, daß das Grundkapital in einer den Bedürfnissen des gesellschaftlichen Unternehmens entsprechenden Höhe festzusetzen ist. Ob dies der Fall ist, hat die zur Erteilung der staatlichen Genehmigung berufene Behörde nach freiem Ermessen zu prüfen. Der Registerrichter hat sich vor Eintragung der Gesellschaft in eine Prüfung, ob die Höhe des Grundkapitals angemessen ist, nicht einzulassen. Das ursprüngliche Grundkapital kann während des Bestehens der Gesellschaft im Wege der Statutenänderung vermehrt oder vermindert werden. Nach dem Gesetze würde es genügen, wenn der Statutentext lediglich die jeweilige Höhe des Grundkapitals ausweisen würde. Das Aktienregulativ verlangt jedoch in § 24, Abs. 2, daß in dem Texte des Statutes stets alle seit dem Bestehen der Gesellschaft eingetretenen Veränderungen in der Höhe des Grundkapitals anzuführen sind. Eine derartige historische Fassung des Statutentextes war in der Praxis bereits früher üblich (vergl. z. B. § 9 des Statutes der österr. Länderbank, Art. 13 des Statutes der österr. Bodenkreditanstalt).

§ 7. **Ziffer 5. Die Art der Aktien, die etwa bestimmte Zahl jeder Art und die etwa zugelassene Umwandlung einer Art in die andere.** Unter dem hier gebrauchten Ausdrucke „Eigenschaft der Aktien" ist die „Aktienart" zu verstehen. Mit diesem Ausdrucke bezeichnet die Wissenschaft und die deutsche Gesetzgebung den Unterschied zwischen Namen- und Inhaberaktien, während unter „Aktiengattungen" mit verschiedenen Rechten ausgestattete Aktien (z. B. Stamm- und Prioritätsaktien) verstanden werden. Das Aktienregulativ hat sich diesem Sprachgebrauche angeschlossen (vergl. Überschriften zu §§ 25 und 26 A. Reg.). Weder nach dem Handelsgesetzbuche noch nach dem Aktienregulativ muß das Statut die Zahl der Namen- und Inhaberaktien bestimmen. Es ist zulässig, im Statute zu bestimmen, daß der Aktionär wählen darf, ob ihm die Aktienurkunden auf Namen oder Inhaber auszustellen sind. Auch kann im Statute die Umwandlung von Urkunden der einen Art in solche der anderen in das Belieben des Aktionärs gestellt sein. Wird einem solchen Verlangen des Aktionärs entsprochen, so liegt keine Statutenänderung, sondern eine bloße Verwaltungshandlung vor (ebenso § 183, Abs. 2 d. HGB.). Ist dem Aktionär im Statute nicht ausdrücklich ein solches Recht eingeräumt, so kann er die Umwandlung nicht verlangen; eben-

[4]) Eine Art Minimalhöhe des Grundkapitals setzt für Versicherungsgesellschaften § 3 Versicherungsreg. fest.

Digitized by Google

sowenig darf die Aktiengesellschaft dieselbe ohne Statutenänderung vornehmen, wenn die Zahl der Namen- und Inhaberaktien im Statute bestimmt ist. Die Umwandlung von Aktien der einen Art in solche der anderen unterliegt der Aktiengebühr (Budwinski 306).

Zu **Ziffer 6** siehe Erläuterung zu Art. 239. § 8.

Ziffer 7. Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und die Beamten der Gesellschaft. Da einerseits der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft wesentlich ist, das Gesetz aber andrerseits keine Vorschriften für die Bildung des Vorstandes enthält, so war die Bestimmung notwendig, daß der Gesellschaftsvertrag hierüber zu disponieren habe. Das Statut muß hienach feststellen, wer den Vorstand zu bestellen hat (Aufsichtsrat, Generalversammlung, die Gründer) und aus wieviel Personen der Vorstand besteht. Mehr aber braucht das Statut nach dem Gesetze hierüber nicht zu enthalten: insbesondere nicht, ob der Vorstand aus besoldeten Personen oder ob er aus Aktionären bestehen solle. Die Frage nach der Besoldung liegt auf anderem Gebiete und aus Aktionären braucht der Vorstand eben nicht zu bestehen, wenn das Statut dies nicht besonders vorschreibt. Auch braucht der Gesellschaftsvertrag nicht zu bestimmen, ob die Vorstandsmitglieder kollektiv zeichnen müssen; das versteht sich mangels abweichender Bestimmung von selbst (Kammergericht bei Johow 10, S. 34). Die Bestimmungen über die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes sind, strenge genommen, nur zum Zwecke der Anmeldung derselben zum Handelsregister notwendig (Art. 228); denn sobald die Eintragung derselben ins Handelsregister erfolgt ist, liegt ihre Legitimation in der Eintragung (Anschütz-Völderndorff II., S. 483; das deutsche Handelsgesetzbuch schreibt auch die Aufnahme einer Bestimmung über die Legitimation der Vorstandsmitglieder in das Statut nicht vor). Nach dem Aktienregulativ hat das Statut noch eine Anzahl anderer Bestimmungen bezüglich des Vorstandes zu enthalten (vergl. hierüber Erläuterung zu Art. 227). § 9.

Ziffer 8. Die Form der Zusammenberufung der Aktionäre. Dieselbe braucht nicht notwendig in der Inserierung in öffentlichen Blättern zu bestehen. Es können in den Statuten auch Einberufungen auf andere Weise festgesetzt werden: etwa durch Zustellungsurkunden, Einschreibebriefe oder öffentlichen Anschlag. In der Praxis sind immer öffentliche Blätter bestimmt und aus § 40, Abs. 9 A. Reg. geht hervor, daß das Aktienregulativ davon ausgeht, die Berufung werde regelmäßig durch öffentliche Blätter erfolgen. Auch ist es zulässig, festzusetzen, daß außer der Publikation in öffentlichen Blättern Einladungen durch besondere Briefe erfolgen sollen, z. B. bei vinkulierten Namensaktien, auch so, daß gleichwohl die Annoncierung in öffentlichen Blättern zur Gültigkeit ausreichend und erforderlich ist. Eine Geschäftsordnung für die Abhaltung der Generalversammlung braucht das Statut nicht zu enthalten, nach dem Handelsgesetzbuche auch keine Bestimmung über den Vorsitz in der Versammlung (letzteres verlangt allerdings § 46 A. Reg.). § 10.

Zu **Ziffer 9** siehe Erläuterung zu Art. 224. § 11.

Ziffer 10. Die Gegenstände, für welche eine andere Abstimmung als durch bloße einfache Mehrheit festgesetzt wird. § 46 A. Reg. wiederholt diese Bestimmung. Unter der einfachen Stimmenmehrheit ist die absolute Majorität zu verstehen, das heißt mehr als die Hälfte der wirklich abgegebenen Stimmen (Behrend, § 122, N. 7; Lehmann, S. 192; Randa II., S. 152; anders die vorige Auflage). § 12.

Digitized by Google

Nicht zulässig ist (nach Esser und gegen Ring) eine Bestimmung, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden oder das Los entscheidet (so auch OLG. Dresden, bei Seuff Arch. 55, Nr. 86).

Dabei werden überall nur die abgegebenen Stimmen gezählt, nicht die Stimmen derjenigen Aktionäre, welche zwar anwesend sind, aber sich der Abstimmung enthalten oder enthalten müssen (RG. 20, S. 144; Lehmann II., S. 192). Statutarische Abänderungen in Bezug auf diese Majoritätsvorschriften sind zulässig.

§ 13. **Ziffer 11. Die Form der Bekanntmachungen.** Dazu gehört vornehmlich die Frage der Unterzeichnung und von wem die Bekanntmachungen ausgehen sollen (so auch § 54, Abs. 2 A. Reg.). Das Statut kann nach seiner Wahl bestimmen, ob unter der Bezeichnung „Der Vorstand" auch noch der Name der Vorstandsmitglieder stehen müsse usw. Aber es muß eben Bestimmungen hierüber enthalten. Daß die Aktiengesellschaften sich als Publikationsmittel der öffentlichen Blätter bedienen müssen, ist nicht vorgeschrieben, aber allgemein üblich (dagegen Anschütz-Völderndorff II., S. 483). Die Wahl der öffentlichen Blätter steht nach dem Handelsgesetzbuch der Gesellschaft frei. Nach § 54, Abs. 3 A. Reg. muß jedoch als eines dieser öffentlichen Blätter jedenfalls die „Wiener Zeitung" (dies war auch bisher in der Praxis üblich) und wenn der Sitz der Gesellschaft außerhalb Niederösterreichs gelegen ist, die betreffende amtliche Landeszeitung im Statute bezeichnet sein.

Artikel 210.

Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde müssen bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden.

Der Auszug muß enthalten:

1. das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;
2. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
3. den Gegenstand und die Zeitdauer des Unternehmens;
4. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien oder Aktienanteile;
5. die Eigenschaft derselben, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt sind;
6. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Ist im Gesellschaftsvertrage eine Form bestimmt, in welcher der Vorstand seine Willenserklärung kundgibt und für die Gesellschaft zeichnet, so ist auch diese Bestimmung zu veröffentlichen.

Einleitung. **Der Artikel statuiert die Notwendigkeit der Eintragung des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde** (Abs. 1) **und setzt den Umfang der Publikation dieser Eintragung fest** (Abs. 2 und 3).

§ 1. 1. (Abs. 1). **Die Notwendigkeit der Eintragung des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde beim Handelsgerichte des Gesellschaftssitzes.**

Digitized by Google

a) **Das Handelsgericht** ist in Wien, Prag und Triest das selbständige Handelsgericht, sonst der Handelssenat des Kreis- oder Landesgerichtes (vergl. Näheres zu Art. 3).[1])

b) **Der Gesellschaftssitz** ist der im Statute als solcher bezeichnete (vergl. Erläuterung zu Art. 209, Abs. 1, Ziffer 1).

c) **Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde** müssen eingetragen werden. Der ganze oder nur Auszüge aus demselben? Siehe hierüber § 3 zu Art. 12. § 2.

d) Der Gesellschaftsvertrag und die Genehmigungsurkunde **müssen eingetragen werden.** Das bedeutet nicht etwa, daß das Gericht die Eintragung erzwingen kann. Der Staat hat vielmehr kein Interesse daran, daß in der Bildung begriffene Gesellschaften zur Existenz gelangen (Blaschke-Pitreich, S. 197; a. M. Randa II., S. 104, N. 91 c). Bei offenen Handelsgesellschaften liegt die Sache anders, da sie schon vor der Eintragung bestehen, wenn sie ihre Geschäfte vorher beginnen. Hier aber hat die Eintragung rechtsbegründende Kraft (Art. 211). Die Vorschrift, daß der Gesellschaftsvertrag eingetragen werden müsse, bedeutet nur die Umkehr von Art. 211: die Eintragung muß erfolgen, wenn die Aktiengesellschaft zur rechtlichen Existenz gelangen soll (vergl. Ring, Anm. 2). § 3.

e) Das Gesetz sagt nicht, **von wem die Anmeldung zu bewirken ist.** Die analoge Anwendung des Art. 177, Abs. 2 führt zu dem Ergebnisse, daß der Vorstand die Anmeldung zu bewirken hat; denn dieser ist an Stelle der Komplementäre zum Handeln für die Aktiengesellschaft als juristische Person berufen (Blaschke-Pitreich, S. 197; vergl. auch Schimkowsky, Formularien für Verträge und Eingaben, Nr. 282).[2]) Hieraus folgt, daß zur Zeit der Anmeldung für die Aktiengesellschaft wenigstens provisorisch ein Vorstand bestellt sein muß (Blaschke-Pitreich a. a. O.), und zwar entweder in der konstituierenden Generalversammlung — was nach § 13, Abs. 3, Z. 3 A. Reg. ohnehin vorgeschrieben ist — oder in dem der Aktienzeichnung zu Grunde gelegten Statutenentwurfe oder den zum Zwecke der Werbung von Zeichnungen erlassenen öffentlichen Aufforderungen; durch die Zeichnung tritt der Zeichner dem in dem Statutenentwurfe oder der Subskriptionsaufforderung enthaltenen Vorschlage zur interimistischen Besetzung des Vorstandes bei (Renaud, S. 281). § 4.

Die Frage, ob gegen die Mitglieder des Vorstandes seitens der Aktienzeichner ein zivilrechtlicher Zwang auf Bewirkung der Anmeldung möglich ist, muß mit folgender Unterscheidung beantwortet werden: § 5.

a) Bei der Simultangründung steht dem Zeichner ein solches Klagerecht zu, denn jeder Zeichner ist Gründer und kann von den übrigen

[1]) Vom Justizministerium wurde die Frage aufgeworfen (PNr. 16 des Fragebogens), ob nicht der derzeit bestehende Rechtszustand, daß jeder Gerichtshof erster Instanz die Registerführung für alle in seinem Sprengel gelegenen Aktiengesellschaften zu besorgen habe, dahin geändert werden soll, daß einzelne Gerichtshöfe für größere Gebiete mit dieser Registerführung betraut werden. Die Frage wurde verneinend vom Gutachten der Wiener Börsekammer, bejahend vom Gutachten des niederösterreichischen Gewerbevereines und der Wiener Handels- und Gewerbekammer beantwortet.

[2]) Nach § 195, Abs. 1, d. HGB. obliegt die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister den Mitgliedern des Vorstandes, des Aufsichtsrates und den Gründern.

Digitized by Google

Gründern nicht mehr zurückgewiesen werden, weil sich alle Gründer, die zusammen die Gesamtheit der Aktionäre ausmachen, durch die Übernahmsverhandlung gegenseitig gebunden haben. Der Vorstand aber hat sich durch Annahme des ihm bei seiner Bestellung von den Gründern gemeinsam erteilten Mandates verpflichtet, bei der Anmeldung mitzuwirken (vergl. Lehmann I., S. 323).

β) Bei der Sukzessivgründung können die Zeichner nur dann auf Bewirkung der Anmeldung klagen, wenn sie bereits gegen die Gesellschaft ein unentziehbares Recht auf Mitgliedschaft erworben haben, also wenn die Vorlage der Zeichnerliste an die Verwaltungsbehörde stattgefunden hat oder die Zeichner in der konstituierenden Generalversammlung zur Ausübung des Stimmrechtes zugelassen worden sind (vergl. § 32 zu Art. 208); ist keines von beidem geschehen, so ist eine die Gesellschaft selbst bindende Akzeptation der Zeichnungserklärung noch nicht erfolgt und der Klage des Zeichners kann der Einwand entgegengesetzt werden, daß seine Zeichnung nicht angenommen wird.

§ 6. 2. **Die Voraussetzung der Eintragung** ist eine Anmeldung, aus welcher hervorgeht, daß die Gesellschaft dem Gesetze gemäß errichtet ist. Danach bestimmt es sich, welche **Belege** der Anmeldung beizuschließen sind und wie weit das **Prüfungsrecht** des Registerrichters geht. Im einzelnen unterliegen folgende Umstände der Prüfung des Registerrichters:

§ 7. a) Der Registerrichter hat zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag dem in Art. 209 normierten Inhalte entspricht. Weiters hat der Registerrichter zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag nicht in irgend einem Punkte gegen zwingende Rechtssätze verstößt; letzteres ist jedoch nicht schon dann anzunehmen, wenn die Geltung derselben nicht besonders vorbehalten ist. So darf der Registerrichter z. B. die Eintragung eines Statutes nicht deshalb ablehnen, weil es die Bestimmung enthält, daß die Generalversammlungsbeschlüsse für alle, auch für die abwesenden Aktionäre, bindend seien. Er darf darin nicht den Versuch erblicken, das Anfechtungsrecht der Aktionäre zu beschränken; denn der Vorbehalt der Geltung zwingender Gesetzesvorschriften ist selbstverständlich (Kammergericht bei Johow und Küntzel 5, S. 31). Die hier vorgesehene Prüfung des Registerrichters besteht unabhängig von der Prüfung, welche die Verwaltungsbehörde vor Erteilung der staatlichen Genehmigung vorzunehmen hat. Der Umstand, daß die Verwaltungsbehörde die Statuten staatlich genehmigt hat, nimmt dem Registerrichter nicht das Recht und die Pflicht, die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen, wenn er findet, daß das Statut nicht über alle notwendigen Punkte Bestimmungen enthält oder dessen Inhalt gegen zwingende Rechtssätze verstößt.

§ 8. b) Der Registerrichter hat den Nachweis zu verlangen, daß die staatliche Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft seitens der hiezu zuständigen Behörde erteilt wurde. Sofern die Genehmigung ohne Bedingung erteilt wurde, ist ein besonderer Nachweis in dieser Richtung gegenstandslos, da die Genehmigungsurkunde ohnehin in das Handelsregister eingetragen werden muß. Ist jedoch die staatliche Genehmigung unter Bedingungen erteilt worden, so ist der Nachweis der Erfüllung dieser Bedingungen zu fordern (vergl. den unten erwähnten Erlaß des Justizministeriums), und zwar gleich-

Digitized by Google

gültig, ob nach Inhalt der Genehmigungsurkunde die Nichterfüllung dieser Bedingungen die ipso jure-Erlöschung der Konzession zur Folge hat oder die Verwaltungsbehörde bloß zur Zurücknahme der Konzession berechtigt — es läge denn eine Erklärung der Verwaltungsbehörde vor, von dem Rechte, die erteilte Konzession zurückzuziehen, im besonderen Falle keinen Gebrauch zu machen. Daher hat der Registerrichter, sofern das Aktienregulativ Anwendung findet, zu prüfen, ob die in § 12, Abs. 6 A. Reg. normierte einjährige Frist noch nicht verstrichen ist, ob die konstituierende Generalversammlung ordnungsmäßig abgehalten wurde, und ob der nach dem Statute bar einzuzahlende Teil des Aktienkapitals auch wirklich bar eingezahlt wurde (§ 12, Abs. 5, A. Reg.). Der Nachweis der ordnungsmäßig abgehaltenen Generalversammlung erfolgt durch Vorlage des über dieselbe aufgenommenen, notariell beurkundeten Protokolls. Über die Art, wie der Registerrichter sich die Überzeugung verschaffen kann, daß der Teil des Aktienkapitals eingezahlt ist, dessen Einzahlung vor Errichtung der Gesellschaft zur Bedingung für die Wirksamkeit der staatlichen Genehmigung gemacht wurde, siehe unten § 9. Es ist nirgends ausgesprochen, daß der Registerrichter sich damit begnügen muß, daß aus dem Protokolle über die Errichtungsversammlung hervorgeht, daß in derselben die Konzessionäre die in § 13, Abs. 4 A. Reg. erwähnte Bestätigung abgegeben haben.

c) Der Registerrichter hat zu prüfen, ob jene Umstände eingetreten sind, die die Gesellschaft sich in dem Statute selbst als Bedingung für das Inslebentreten gesetzt hat. Ist daher im Statute bestimmt, daß die Gesellschaft erst dann errichtet ist, wenn eine konstituierende Generalversammlung abgehalten oder ein bestimmter Teil des Aktienkapitals eingezahlt worden ist, so hat der Registerrichter sich von dem Eintritte dieser Umstände zu überzeugen, auch wenn von der Erfüllung dieser Bedingungen die staatliche Genehmigung nicht abhängig gemacht erscheint. Dies wird in dem (natürlich unverbindlichen) Erlasse des Justizministeriums vom 24. April 1870 (abgedruckt im 11. Bande der Manzschen Gesetzausgabe nach Art. 211) in zutreffender und dem Gesetze entsprechender Weise ausgeführt (vergl. dagegen JBl. 1873, Nr. 26). In diesem Erlasse wird auch richtig hervorgehoben, daß in der Vorweisung der geleisteten Barbeträge kaum ein geeignetes Mittel der Bescheinigung der geleisteten statutenmäßigen Barzahlungen erblickt werden kann (vergl. hierüber § 2 zu Art. 177). Als ein geeignetes Mittel für die in Rede stehende Bescheinigung empfiehlt der angeführte Erlaß eine Bestätigung der Gründer oder der Vorstandsmitglieder, eventuell der Zahlstelle, bei der die Einzahlungen zu leisten sind, über die erfolgten Einzahlungen (dies ist auch der Standpunkt der deutschen Gesetzgebung, vergl. § 195, Abs. 2 d. HGB., und des § 10, Abs. 3 GmbHG.). Der erwähnte Erlaß führt im drittletzten Absatze aus, daß die Gründer oder die Zahlstellen, die eine unrichtige Bestätigung über geleistete Einzahlungen ausstellen, der künftigen Gesellschaft für den hieraus entstandenen Schaden haften; im Falle wissentlicher oder fahrlässig wahrheitswidriger Angaben ergibt sich dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nur mit dieser Einschränkung ist die erwähnte Bemerkung des Erlasses richtig. § 10, Abs. 4 GmbHG. normiert eine Haftung schon bei objektiver Unrichtigkeit (Skerlj, N. 7). Diese Bestimmung ist hier ebensowenig anwendbar wie die des Abs. 5 über die besondere **§ 9.**

Digitized by Google

Verjährungsfrist. Selbstverständlich muß sich der Registerrichter mit der hier erwähnten Bescheinigung nicht begnügen, er kann, wenn er es für notwendig findet, auch Einsicht in die Bücher der Gesellschaft verlangen, andrerseits kann der Registerrichter von einer ihm gegenüber abzugebenden Erklärung ganz absehen und sich mit der Erklärung, die in der konstituierenden Generalversammlung gemäß § 13, Abs. 4 A. Reg. von den Gründern abgegeben wurde, als einer genügenden Bescheinigung über die erfolgte statutenmäßige Einzahlung des Grundkapitals begnügen. Dasselbe, was von der Einzahlung gilt, gilt auch von der Zeichnung des Aktienkapitals. Ist die Bewirkung derselben im Statute als Bedingung für die Errichtung der Gesellschaft erklärt, so hat der Registerrichter den Nachweis der Zeichnung zu verlangen, der durch Vorlage der Zeichnungserklärungen in Urschrift oder beglaubigter Abschrift zu erbringen ist. Soweit das Aktienregulativ Anwendung findet, ist dieser Nachweis allerdings gegenstandslos, da ja bereits vor Erteilung der staatlichen Genehmigung der Verwaltungsbehörde die Zeichnungserklärungen in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorgelegt werden müssen (§ 6, Abs. 2 A. Reg.).

Ist aber die erfolgte Zeichnung des Aktienkapitals oder eines Teiles der Einzahlung desselben weder in dem Statute zu einer Bedingung für die Entstehung der Gesellschaft, noch in der staatlichen Genehmigung zu einer Bedingung für die Wirksamkeit derselben gemacht, so kann der Registerrichter die Eintragung der Gesellschaft nicht von dem Nachweise oder der Bescheinigung dieser Tatsachen abhängig machen, da für Aktiengesellschaften eine diesbezügliche dem Art. 177 entsprechende gesetzliche Bestimmung nicht besteht (Renaud, S. 324; vergl. auch den Eingang des oberwähnten Erlasses des Justizministeriums; a. M. Randa II., S. 77).[3])

§ 10. d) Endlich hat der Registerrichter die Kaufmanns- und Vollkaufmannseigenschaft der einzutragenden Gesellschaft zu prüfen. Daher hat er sich ein Urteil darüber zu bilden, ob das gesellschaftliche Unternehmen im gewerbemäßigen Betriebe von Handelsgeschäften besteht; auch bei Entscheidung dieser Frage ist der Registerrichter an die bei Erteilung der staatlichen Genehmigung zum Ausdrucke gebrachte Rechtsansicht der Verwaltungsbehörde nicht gebunden (vergl. hiezu § 4 zu Art. 211). Grundsätzlich wäre auch zu prüfen, ob die von dem gesellschaftlichen Unternehmen zu entrichtenden Steuern die in § 7, EinfG. zum HGB. normierte Höhe erreichen; denn andernfalls läge keine Handelsgesellschaft, daher auch keine unter das Handelsgesetzbuch fallende Aktiengesellschaft vor (vergl. § 1 zu Art. 207). In der Praxis ist diese Prüfung allerdings gegenstandslos, da sich meist aus der angegebenen Höhe des Grundkapitals zweifellos ergibt, daß die vom gesellschaftlichen Unternehmen zu entrichtenden Steuern das in § 7, EinfG. zum HGB. festgesetzte Maß erreichen (AblCl. 412; vergl. § 2 zu Art. 12).

Keine Voraussetzung für die Eintragung bildet der Nachweis, daß die Gesellschaft ihren gewerbemäßigen Betrieb bereits be-

---

[3]) Nach § 195 d. HGB. müssen der Anmeldung der Gesellschaft die Duplikate der Zeichnungsscheine angeschlossen werden (Abs. 2, Z. 3) und muß in der Anmeldung die Erklärung abgegeben werden, daß auf jede Aktie der eingeforderte Betrag (mindestens ein Vierteil des Nennbetrages) bar eingezahlt ist (Abs. 3).

Digitized by Google

gonnen hat (AdlCl. 412); dies kann schon deshalb nicht verlangt werden, weil ja erst die eingetragene Gesellschaft im stande ist, bei der Gewerbebehörde den Betrieb ihres Gewerbes anzumelden (vergl. § 19 zu Art. 208). Ebensowenig braucht dem Registerrichter die gewerbepolizeiliche Befugnis zum Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens nachgewiesen zu werden, also nicht das Vorhandensein derjenigen besonderen Eigenschaften des Gewerbeinhabers, die nach der Gewerbeordnung zum Betriebe des betreffenden Unternehmens notwendig sind, und nicht die Erteilung der gewerbebehördlichen Konzession, sofern eine solche zum Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens erforderlich ist. Eine Aktiengesellschaft zum Betriebe eines Gasthausgewerbes braucht daher dem Gesuche um Eintragung ins Handelsregister bloß die staatliche Genehmigungsurkunde zur Errichtung der Gesellschaft selbst und nicht auch die gewerbebehördliche Konzessionsurkunde zum Betriebe des Gasthausgewerbes beizuschließen, ebenso wie zur Eintragung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht der Ausweis der erteilten Betriebskonzession notwendig ist (vergl. § 3, Abs. 2 GmbHG.; Skerlj, N. 5 hiezu). Ebensowenig braucht vor der Eintragung die besondere staatliche Bewilligung, die zur Vornahme einzelner zum Gegenstande des gesellschaftlichen Unternehmens gehörender Geschäfte (z. B. Ausgabe von Teilschuldverschreibungen) notwendig ist, nachgewiesen zu werden.

(Abs. 2 und 3.) **Diese Absätze ordnen die Publikation eines Auszuges aus dem Gesellschaftsvertrage durch das Handelsgericht an.** § 11.

1. **Die Bedeutung der Vorschrift** ist lediglich die einer Ordnungsvorschrift. Die Gesellschaft entsteht durch die Eintragung, die Publikation ist hiebei rechtlich bedeutungslos. Auch begründet die erfolgte oder nicht erfolgte Publikation nicht die Vermutung des Art. 25 (vergl. Ring, Anm. 1), da derselbe eine Ausnahmevorschrift darstellt und deshalb analoger Anwendung, welcher Behrend (§ 108, Anm. 1) das Wort redet, nicht fähig ist. Wohl zu unterscheiden von der hier vorgeschriebenen, vom Registergerichte zu veranlassenden Publikation ist die durch die Administrativbehörde zu veranlassende Publikation der Erteilung der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft (vergl. § 16 zu Art. 208). § 12.

2. **Der Inhalt der Publikation** ist ein Auszug aus dem Gesellschaftsvertrage, dessen notwendige Bestandteile das Gesetz ergibt. § 13.

3. **Die Art der Publikation** ist die in Art. 14 vorgesehene. Nicht etwa kommen die Vorschriften des Statutes über die Bekanntmachungen der Gesellschaft in Anwendung (vergl. Behrend, § 108, Anm. 1). § 14.

Zusatz zu Art. 208 bis 210.

Einteilung.

Die im Verkehre üblichen Bezeichnungen für die an der Gründung der Aktiengesellschaft beteiligten Personen, die im Zuge der Gründung geschlossenen Rechtsgeschäfte und die Gegenstände derselben sind im Laufe der Zeiten in Judikatur und Wissenschaft zu feststehenden Rechtsbegriffen geworden. Die ausländische, insbesondere die deutsche Gesetzgebung, hat den Inhalt dieser von der Theorie und Praxis übernommenen Begriffe gesetzlich fixiert und das gleiche ist innerhalb der der Regierung zustehenden Verordnungsgewalt in Österreich einstweilen durch das Aktienregulativ geschehen. Der derzeit bestehende Text des Handelsgesetz-

Digitized by Google

buches[4]) bietet nicht Gelegenheit, die hier in Betracht kommenden Rechtsbegriffe im Anschlusse an einzelne bestimmte Artikel zu erläutern. Bei der folgenden Darstellung werden I. jene Rechtsverhältnisse erörtert werden, die bei jeder Art der Gründung von Aktiengesellschaften vorkommen oder vorkommen können; II. die Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten der Gründung von Aktiengesellschaften auseinandergesetzt werden; III. die Begriffe der Sacheinlagen und Gründungserwerbungen erläutert und die für dieselben geltenden Rechtssätze entwickelt werden.

§ 1. I. 1. **Der Begriff des Gründers** ist zunächst ein faktischer und umfaßt alle Personen, die tatsächlich die Entstehung der Aktiengesellschaft in irgend einer Weise gefördert haben (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 138; vergl. auch Silbernagel, S. 119 ff.). Zu einer gesetzlichen Fixierung des Gründerbegriffes liegt für die Gesetzgebung erst dann eine Veranlassung vor, wenn bestimmten Personen, die daran mitgewirkt haben, die Gesellschaft ins Leben zu rufen, eine Verantwortlichkeit für gewisse Vorgänge des Gründungsherganges auferlegt werden soll. Das geltende Handelsgesetzbuch hat eine solche Verantwortlichkeit nirgends auferlegt und enthält auch keine Definition des Gründerbegriffes.[5]) Das Aktienregulativ verlangt in Anlehnung an die ausländische Gesetzgebung das Hervortreten einer bestimmten Gruppe der an der Gründung der Aktiengesellschaft beteiligten Personen und setzt fest, daß gewisse Handlungen und Erklärungen, von denen die Erteilung und Wirksamkeit der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft abhängig ist, von diesen Personen vorgenommen und abgegeben werden müssen. Eine eigentliche Gründerverantwortlichkeit konnte das Aktienregulativ als bloße Verordnung nicht schaffen; aber durch die Vorschrift, daß gewisse Erklärungen und Bestätigungen von bestimmten Personen abgegeben werden müssen, ist die Möglichkeit geschaffen, daß für Unrichtigkeiten in diesen Erklärungen und Bestätigungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimmte Personen zivil- und strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können. Der Gründerbegriff des Aktienregulativs ist an ein formelles Kriterium gebunden. Aus § 19 A. Reg. und der Überschrift zu diesem Paragraphen ergibt sich, daß das Aktienregulativ unter Gründern diejenigen Personen versteht, denen die Bewilligung zur Errichtung der Aktiengesellschaft erteilt wurde, bezw. die um Erteilung dieser Bewilligung angesucht haben. Der Begriff des Gründers ist also identisch mit dem des Konzessionärs. Die Personen müssen im Statute mit Namen oder Firma angeführt werden (§§ 19, 3, Z. 1 A. Reg.). Eine bestimmte Anzahl von Gründern ist nicht vorgeschrieben; es genügt, daß eine einzige Person um Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft ansucht; in der Praxis kommt dies auch gar nicht so selten vor (§ 182 d. HGB. stellt das Erfordernis von fünf Gründern auf). Nicht notwendig ist nach dem Aktienregulativ, daß die Gründer Aktien

[4]) Die Nürnberger Konferenz hat den Antrag, die tatsächlichen Vorgänge bei der Gründung von Aktiengesellschaften in den Bereich gesetzlicher Regelung zu ziehen, abgelehnt (P. 319, 373, 379, 390; vergl. Primker bei Endemann I., S. 547).

[5]) Eines der Hauptziele jeder Reformbestrebung auf dem Gebiete des Aktienrechtes war die Schaffung eines gesetzlich fixierten Gründerbegriffes und die genaue Festsetzung der den Gründern obliegenden Pflichten und Verbindlichkeiten (vergl. Frage 6 und 7. des Fragebogens des Justizministeriums). Gegenwärtig gibt § 187 d. HGB. folgende Definition des Begriffes des Gründers: „Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt hatten oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft."

Digitized by Google

übernehmen; dies folgt aus § 6 A. Reg., der von den schriftlichen Erklärungen der Konzessionswerber oder dritter Personen über die Zeichnung der Aktien spricht (Rothnagel, S. 123).

2. **Die Pflichten**, die das Aktienregulativ den Gründern auferlegt, sind folgende: § 2.
   a) Die gehörige Instruierung des Gesuches um Erteilung der Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft (§ 5, Abs. 2);
   b) die Vorlage des besonderen Berichtes bei Apports und Gründungserwerbungen (§ 9; vergl. unten § 13);
   c) die ordnungsmäßige Einberufung der konstituierenden Generalversammlung (§ 13, Abs. 1);
   d) die in der konstituierenden Generalversammlung zu erteilende Bestätigung über die statutenmäßige Einzahlung des Aktienkapitals (§ 13, Abs. 4; vergl. § 10 zu Art. 208);
   e) die Vorlage einer Ausfertigung der Beurkundung über die konstituierende Generalversammlung samt den entsprechenden Belegen an die politische Behörde (§ 14, Abs. 1).

Die Nichterfüllung der unter a) bis d) angeführten Pflichten der Gründer hat die Folge, daß die Gesellschaft nicht zur Existenz gelangt, bezw. daß die erteilte staatliche Genehmigung zurückgenommen werden kann. § 3. Ein direkter Zwang auf Erfüllung steht der Verwaltungsbehörde nicht zu. Dieselbe hat auch kein Interesse daran, daß die Gesellschaft zur Existenz gelangt. Bloß zur Erfüllung der unter e) erwähnten Ordnungsvorschrift wird der Verwaltungsbehörde das Recht, Zwangsmittel anzuwenden, zugesprochen werden müssen. Eine andere Frage ist, ob ein zivilrechtlicher Zwang gegen die Gründer auf Bewirkung derjenigen Handlungen, von deren Vornahme die Existenz der Gesellschaft abhängig gemacht ist, möglich ist. Dem einzelnen Gründer wird eine solche Klage gegen die Mitglieder in der Regel auf Grund des zwischen den Gründern geschlossenen Gesellschaftsvertrages (vergl. unten § 4) zustehen. Dem Zeichner steht auf Grund der Zeichnung allein ein solches Klagerecht nicht zu; dasselbe kann sich bloß auf besondere mit den Gründern entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Bezugnahme auf den Inhalt der Subskriptionsaufforderungen getroffene Abmachungen gründen (vergl. Renaud, S. 224 ff.).

3. **Das Rechtsverhältnis der Gründer untereinander** richtet sich nach den § 4. von ihnen selbst getroffenen besonderen Vereinbarungen. Diese Vereinbarungen bilden einen nach bürgerlichem Recht zu beurteilenden Gesellschaftsvertrag, gerichtet auf Gründung einer Aktiengesellschaft (ROHG. 18, S. 360), nicht etwa eine offene Handelsgesellschaft (AdlCl. 678). Ob eine Gelegenheitsgesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche vorliegt, hängt davon ab, ob in der geplanten Gründung ein Handelsgeschäft liegt. Sie kann es wegen der Kaufmannsqualität der mitwirkenden Personen jedenfalls sein, insbesondere ist auch die Vermutung des Art. 274 hier anwendbar, auch dann, wenn die Gründertätigkeit Rechtsgeschäfte über Immobilien mit umfaßt (ROHG. 20, S. 198). Aber es wird darüber hinaus auch noch behauptet, daß die Gründung einer Aktiengesellschaft ganz abstrakt betrachtet ein Handelsgeschäft sei (Primker, S. 547; AdlCl. 440). Das geht zu weit (anscheinend zustimmend Canstein I., S. 473, Note 4). Art. 271, Nr. 1 wäre nur anwendbar, wenn die Anschaffung einer Aktie zum Zwecke der Weiterveräußerung vorläge. Aber einerseits liegt hier kein Anschaffungsgeschäft vor (RG. 31, S. 17), andrerseits läßt sich auch nicht ganz abstrakt

Digitized by Google

sagen, daß der Zweck der Weiterveräußerung stets obwalte. Auch die Aktienzeichnung ist nicht ihrem Wesen nach ein Handelsgeschäft (RG. 4, S. 311).

Von dem vereinbarten oder nach dem Gesetze zu ergänzenden Inhalt des unter den Gründern bestehenden Gesellschaftsvertrages hängt es ab, welches Maß von Leistung und persönlicher Tätigkeit die einzelnen aufzuwenden haben, um die geplante Gründung zu führen.

Das Gründerkonsortium kann auch weitergehende Pläne vereinbart haben: nämlich die Begebung der Aktien an das große Publikum. Auch das ist ein Gesellschaftsverhältnis, welches sich nach allgemeinen Grundsätzen richtet. Hier wird wohl meist eine Gelegenheitsgesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche vorliegen (AdlEl. 646; Blaschke-Pitreich, S. 262). Über die Rechtsverhältnisse eines solchen Konsortiums vergl. insbesondere ROHG. 13, S. 310; 15, S. 252; 17, S. 203; 22, S. 386; RG. 1, S. 78; 7, S. 103; Busch' Archiv 35, S. 334; Sydow in GZ. 19, S. 429; Primker bei Endemann I., S. 546; B. Mayer, Die Emission von Wertpapieren, S. 35; endlich auch in diesem Kommentar § 1 zu Art. 268.

§ 5. 4. **Gründerrechte.** Aus der bloßen Tatsache, daß jemand sich an der Errichtung einer Aktiengesellschaft beteiligt hat, erwächst ihm gegen die Aktiengesellschaft kein vermögensrechtlicher Anspruch, weder auf Belohnung noch auf Ersatz des gemachten Aufwandes. Denn ein solcher Aufwand steht in keinem rechtlichen, sondern bloß in einem tatsächlichen Zusammenhange mit der zu stande gekommenen Gesellschaft (ROHG. 20, S. 217; Renaud, S. 699; Lehmann I., S. 380). Die Aktiengesellschaft kann allerdings nach freiem Belieben den Gründern eine Vergütung oder eine Entschädigung gewähren. Aus Zusicherungen aber, die den Gründern seitens der Zeichner oder Mitgründer gemacht werden, erwerben die Gründer ein Klagerecht gegen die entstandene Gesellschaft nur unter denjenigen Voraussetzungen, unter denen überhaupt Dritte Rechte gegen die Gesellschaft aus Verträgen erwerben, die vor Entstehung derselben im Hinblick auf die künftige Entstehung der Aktiengesellschaft geschlossen werden, also entweder unter der Voraussetzung, daß die entstandene Gesellschaft diese Zusicherungen ratifiziert oder daß deren Inhalt in das Statut aufgenommen wird (vergl. Erläuterung zu Art. 211). Renaud (S. 699) stellt die Möglichkeit, daß die Aktiengesellschaft den Gründern freiwillig eine Vergütung gewährt (die Ratihabition einer bezüglichen im Gründungsstadium getroffenen Vereinbarung ist tatsächlich eine solche freiwillig gewährte Vergütung) mit der Begründung in Abrede, daß in solchem Falle eine Schenkung seitens der Aktiengesellschaft vorliegen würde. Wir sind an anderer Stelle (§ 2 zu Art. 224) der Ansicht entgegengetreten, daß es der Generalversammlung verwehrt ist, Schenkungen zu beschließen, und können daher in diesem Punkte Renaud nicht beipflichten. Auch Felix Mayer (Über den Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, GZ. 1900, S. 415) behauptet, daß die freiwillige Gewährung einer Vergütung zu Gunsten der Gründer seitens der entstandenen Gesellschaft unzulässig sei; das Erkenntnis des ROHG. (20, Nr. 60), auf das sich Mayer beruft, spricht aber gerade grundsätzlich die Zulässigkeit einer solchen freiwillig gewährten Vergütung in Form einer Ratihabition aus (S. 221). Die Pflichten, welche die Gesellschaft auf die angeführte Art und Weise den Gründern gegenüber übernimmt, können verschiedener Natur sein. Es kann sich um Zuwendung einer ziffermäßig bestimmten Summe als Ersatz für Auslagen, Entschädi-

Digitized by Google

gung für Zeitversäumnis und Entlohnung für Mühewaltung, den sogenannten Gründungsaufwand, handeln oder um Gewährung anderer Vorteile, sogenannter Gründerbegünstigungen, z. B. Einräumung eines Vorrechtes am Reingewinne oder eines Bezugsrechtes auf neu zu emittierende Aktien (vergl. hierüber § 8 im Exkurse zu Art. 215). Hier ist der Fall vorausgesetzt, daß die letzterwähnten Begünstigungen den Gründern als solchen, nicht in ihrer etwaigen Eigenschaft als Aktionäre gewährt werden. Werden diese Begünstigungen einer gewissen Gattung von Aktionären als solchen, wenn auch bloß im Hinblick auf den Umstand, daß dieselben als Gründer aufgetreten sind, gewährt, so wird kein Gläubigerrecht, sondern ein mitgliedschaftliches Sonderrecht begründet und dieses Recht muß, um wirksam zu sein, jedenfalls im Statute festgesetzt sein (Lehmann II., S. 380). Die mannigfachen Gefahren, die damit verbunden sind, daß den Gründern im Gründungsstadium irgendwelche Vorteile zugesichert werden (vergl. Kleinwächter, S. 23 ff.), haben die verschiedenen Gesetzgebungen veranlaßt, in dieser Hinsicht eine Reihe von Kautelen aufzustellen. Dieselben bestehen insbesondere darin, daß die Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen von der Aufnahme derselben in das Statut abhängig gemacht erscheint (vergl. § 186 d. HGB.).

Die Kautelarvorschriften, die das Aktienregulativ in dieser Richtung aufstellt, sind folgende:

a) Jeder einem Gründer nach dem Gründungsplane zuzuweisende Vorteil muß im Statute unter Angabe der Art und des Ausmaßes dieses Vorteiles und der begünstigten Person angegeben werden (§ 19, Abs. 2; § 3, Abs. 11). Es ist gleichgültig, ob der Gründer Aktionär ist oder nicht; diese Bestimmungen treffen auch die einzelnen Aktionären für ihre Person gewährten Vorteile. Handelt es sich dagegen um Vorteile, welche einzelnen Aktionären nicht für ihre Personen, sondern als Inhaber der betreffenden Aktiengattung gewährt werden, so ergibt sich die Notwendigkeit, derartige Vorteile im Statute festzusetzen, bereits von Gesetzes wegen, da es sich um die Schaffung mitgliedschaftlicher Sonderrechte handelt. Der Begriff des besonderen Vorteiles deckt sich mit dem oben erörterten Begriffe der Gründerbegünstigung; es fällt nicht darunter das Versprechen, den Gründern Ersatz ihrer Auslagen und Entlohnung für ihre Mühewaltung zu gewähren. Dies folgt schon aus dem Sprachgebrauche des Aktienregulativs, das im Anschlusse an die Terminologie des deutschen Handelsgesetzbuches (§ 186) zwischen besonderem Vorteil und Gründungsaufwand (§ 51, Abs. 2 A. Reg.) unterscheidet (vergl. Nothnagel, S. 123).

Die Wirkung der eben angeführten Bestimmung des Aktienregulativs ist nur eine unvollkommene. Wir haben oben auseinandergesetzt, daß die zivilrechtliche Wirksamkeit der im Gründungsstadium mit den Gründern getroffenen Abreden gegen die Gesellschaft davon abhängt, daß der Inhalt dieser Abreden in das Statut aufgenommen wird, oder daß dieselben nachträglich von der entstandenen Gesellschaft ratifiziert werden. Das Eintreten dieser zivilrechtlichen Wirkungen kann das Aktienregulativ nicht hindern; sie treten daher auch ein, wenn entgegen den angeführten Bestimmungen in das Statut die in Rede stehenden Verabredungen nicht aufgenommen wurden, aber eine nachträgliche Genehmigung derselben seitens der entstandenen Gesellschaft

Digitized by Google

stattgefunden hat. Es ist Sache der zur Erteilung der staatlichen Genehmigung berufenen Behörde, sich auf geeignete Weise Kenntnis zu verschaffen, ob im Gründungsstadium derartige Abreden getroffen wurden, und wenn sie annimmt, daß dies der Fall ist, die Genehmigung des Statutes so lange zu verweigern, bis der Vorschrift des § 19 A. Reg. entsprochen erscheint.

b) In der konstituierenden Generalversammlung ist eine Berechnung des Gründungsaufwandes, aus welcher die der Gesellschaft zur Last fallenden Vergütungen einzeln nach Höhe und Art und Person des Empfängers zu ersehen sind, vorzulegen (§ 13, Abs. 5). Der Begriff des Gründungsaufwandes wurde bereits oben erörtert. Die Außerachtlassung dieser Bestimmung des Aktienregulativs hat zur Folge, daß die konstituierende Generalversammlung nicht nach Vorschrift des § 13 abgehalten erscheint, die Verwaltungsbehörde daher die erteilte staatliche Genehmigung zurückziehen kann. Eine unmittelbare zivilrechtliche Wirkung hat die Nichtbeobachtung der erwähnten Vorschrift nicht. Die Aufnahme einer Festsetzung des gesamten Gründungsaufwandes im Statute, wie es § 186, Abs. 3 d. HGB. vorschreibt, verlangt das Aktienregulativ nicht.

c) Die gemäß § 3, Z. 11 in den Statutenentwurf aufzunehmenden Festsetzungen über Gewährung besonderer Vorteile können bei der in der konstituierenden Generalversammlung vorzunehmenden endgültigen Festsetzung des Gesellschaftsvertrages zum Nachteile der Gesellschaft nur dann geändert werden, wenn alle in der konstituierenden Generalversammlung erschienenen Aktienzeichner mit dieser Änderung einverstanden sind (§ 13, Abs. 7).

d) Die Gewährung eines Vorbezugsrechtes auf neu zu emittierende Aktien zu Gunsten der Gründer ist nach § 31, Abs. 4 A. Reg. unzulässig (vergl. hierüber § 8 im Exkurse zu Art. 215).

e) Über den gesamten Gründungsaufwand ist im Rechnungsabschlusse über das erste Geschäftsjahr eine detaillierte Rechnung der Generalversammlung vorzulegen (§ 51, Abs. 2).

§ 6. II. Die in der Wissenschaft von jeher übliche Unterscheidung zwischen **Simultan- und Sukzessivgründung** bezieht sich auf die verschiedenen Arten, auf welche das Grundkapital aufgebracht wird. Man spricht von einer Simultangründung, wenn das ganze Grundkapital von denjenigen Personen übernommen wird, die das Statut feststellen, bezw. den Statutenentwurf feststellen[6]), der der Errichtungsversammlung zur Genehmigung vorgelegt wird. Übernehmen nicht alle Statutfeststeller das gesamte Grundkapital, so liegt eine Sukzessivgründung vor (Lehmann I., S. 326).[7])

[6]) Mit Rücksicht auf den vom Aktienregulativ aufgestellten rein formalen Gründerbegriff empfiehlt es sich, für das österreichische Recht bei der Definition der Simultangründung von einer Zeichnung des Grundkapitals durch die Statutfeststeller, statt — wie es in der Wissenschaft herkömmlich ist — von einer Zeichnung des Grundkapitals durch die Gründer zu sprechen.

[7]) Diese durch die Natur der Sache gegebene Grenze zwischen Simultan- und Sukzessivgründung wird von den Gesetzgebungen oft verschoben; so sieht das deutsche Handelsgesetzbuch (§ 188) jene Gründung als Simultangründung an, bei welcher das Grundkapital lediglich durch die Statutfeststeller und die Sacheinleger aufgebracht wird. Es hängt dies mit der Erweiterung zusammen, die der Gründerbegriff durch das deutsche Handelsgesetzbuch erfahren hat. Dasselbe bezeichnet nämlich neben den Statutfeststellern auch die Sacheinleger als Gründer.

Digitized by Google

Die meisten Gesetzgebungen, insbesondere das deutsche Handelsgesetzbuch, knüpfen an die Unterscheidung zwischen Simultan- und Sukzessivgründung bedeutende rechtliche Folgen. Das geltende Handelsgesetzbuch beobachtet über den Unterschied zwischen Simultan- und Sukzessivgründung vollständiges Stillschweigen. Jedenfalls sind nach dem Handelsgesetzbuche beide Arten der Gründung zulässig (das GmbHG. kennt nur die Simultangründung). Auch das Aktienregulativ macht zwischen Simultan- und Sukzessivgründung keinen Unterschied, hat aber hauptsächlich letztere im Auge. Trotzdem müssen, soweit das Aktienregulativ Anwendung findet, dessen Vorschriften in gleicher Weise bei der Simultangründung angewendet werden, wenn sie auch bei derselben zu reinen Förmlichkeiten werden, wie insbesondere die Abhaltung einer konstituierenden Generalversammlung (vergl. § 9 zu Art. 208, und Grünhut, Das Aktienregulativ).

Nur ein Fall der Sukzessivgründung, allerdings auch der praktisch wichtigste, ist in der österreichischen Gesetzgebung besonders hervorgehoben, nämlich der Fall, daß die Werbung der Zeichner im Wege der Erlassung öffentlicher Aufforderungen geschieht. In diesem Falle ist es nämlich notwendig, eine vorläufige Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft einzuholen (§ 15 VerG.; § 3, Abs. 1 A. Reg.).

Eine qualifizierte Gründung zum Unterschiede von der reinen Geldgründung liegt dann vor, wenn die Gesellschaft von Anfang an mit Vermögenswerten anderer Art als einem aus barem Gelde bestehenden Grundkapital ins Leben treten soll (Löwenfeld, S. 125; Lehmann I., S. 366). Dies kann dadurch geschehen, daß die Aktionäre Einlagen machen, bezw. versprechen, die nicht in barem Gelde bestehen (Sacheinlagen oder Apports), oder dadurch, daß bereits im Gründungsstadium vereinbart wird, daß die Aktiengesellschaft Vermögensgegenstände übernehmen soll (Gründungserwerbungen oder Übernahmen). Wo Sacheinlagen (Apports) oder Gründungserwerbungen (Übernahmen) vorkommen, entsteht durch die Möglichkeit der gleich im Anfange vorliegenden Abweichung zwischen dem wirklichen Gesellschaftsvermögen und dem nominellen Grundkapitale eine Gefahr für die Aktiengesellschaft selbst und die Gesellschaftsgläubiger. Dieser Gefahr durch Aufstellung eingehender Normativbestimmungen vorzubeugen, ist die Bestrebung aller modernen Aktiengesetzgebungen. Das Handelsgesetzbuch berücksichtigt bei Aktiengesellschaften die qualifizierte Gründung gar nicht, während es bei Kommanditgesellschaften (Art. 180) bloß des einen Falles derselben, der Einbringung von Sacheinlagen, gedenkt. Das Aktienregulativ enthält über den Gegenstand eingehende Bestimmungen. **§ 7.**

III. A. **Sacheinlagen (Apports).** **§ 8.**

a) **Der Begriff der Sacheinlage.** Für den Begriff der Einlage ist es nicht erheblich, ob sie in Sachen oder in barem Gelde geschieht; man kann, um Mitglied zu werden, das eine wie das andere hergeben. Eine von den Errichtern der Gesellschaft getroffene Abrede, inhalts deren einer von ihnen als Äquivalent seiner Mitgliedschaft, also für die von ihm übernommenen Aktien einen anderen Gegenstand als bares Geld hergeben soll, ist daher ein Teil des geschlossenen Gesellschaftsvertrages. Der Illationsvertrag ist hienach kein Kaufvertrag, sondern ein Teil des Gesellschaftsvertrages (RG. 2, S. 303; RG. 45, S. 101; vergl. RG. 21, S. 246; ferner Lehmann I., S. 374; Lehmann-Ring I., S. 390; Behrend, § 107, Anm. 14). Von diesem Gesichtspunkte geht auch die gebührenrechtliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aus (vergl. Budwinski 13.395, 13.965, 14.285 u. a. m.).

Digitized by Google

Geeigneter Gegenstand der Einlage ist „jeder Wertgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann" (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 151), und dazu gehört alles, was dem Rechtssubjekt als Gegenstand des Erwerbes gegenübersteht, wozu weder Körperlichkeit noch Eigentumsfähigkeit, sondern lediglich Verkehrsfähigkeit gehört (Simon, S. 166). Danach sind geeignete Inferierungsgegenstände: Sachen, Rechte (Urheber-, Patentrechte, Aktienrechte an andere Gesellschaften, dingliche Rechte, Konzessionen) (vergl. Simon, S. 166 ff.). Auch bestehende Unternehmungen können Gegenstand der Sacheinlage sein (vergl. § 9, Abs. 2 A. Reg.; Simon, S. 170; Pisko, Unternehmen, S. 83; Rehm, Die Einlage von Sachgesamtheiten, Arch. f. Bürg. Recht 22, S. 119), auch außenstehende Forderungen (so daß es z. B. zulässig ist, daß ein Gründer sein Geschäft mit Aktiven und Passiven, ein anderer seine Forderungen an den erstgedachten Inferenten einbringt; Pinner, S. 27; LG. Frankfurt a. M. bei Holdheim 2, S. 100), nicht aber Dienstleistungen (vergl. Lehmann II., S. 217; Rehm, S. 179; Renaud, S. 673; Behrend, § 107, Anm. 13; Simon, S. 173; anders Cosack, S. 673; Rudorff zu § 186). Keine geeignete Einlage ist ein vom Aktionär selbst akzeptierter Wechsel; denn es muß hier überall davon ausgegangen werden, daß das Gesetz unter Einlage einen solchen Vermögenswert verstanden wissen will, durch den die als Regelfall vorausgesetzte Bareinzahlung surrogiert werden kann. Dazu gehört begrifflich, daß die Einlage schon vor ihrer Übertragung in der Hand des sie leistenden Aktionärs ein Aktivum, einen Vermögenswert darstellt (vergl. Pemsel in GZ. 36, S. 44; Behrend, § 117, Anm. 12; Pinner, S. 27; abweichend Cosack, S. 637).

Nicht nötig ist, daß der Inferent Eigentümer des einzulegenden Gegenstandes ist. Man kann sich auch gültig verpflichten, einen zur Zeit noch fremden Gegenstand zu inferieren. Wie in solchen Fällen die Erfüllung des Illationsversprechens zu sichern ist, ist eine andere Frage. Auch können mehrere, denen ein Gegenstand gemeinsam gehört, diesen Gegenstand gemeinschaftlich inferieren und hiebei auch gültig vereinbaren, daß die als Gegenwert zu gewährenden Aktien zum bestimmten Teile an einen, zum anderen Teile an einen anderen von ihnen zu gewähren sind. In solchem Falle sind die gemeinsam Berechtigten sämtlich, und zwar jeder einzelne Inferent, nur daß sie sich hinsichtlich des Gegenwertes bereits auseinandergesetzt und die Gesellschaft angewiesen haben, in Gemäßheit dieser Teilung die Aktien zuzuteilen. Es steht allen diesen Vereinbarungen kein rechtliches Bedenken im Wege.

Von der Einbringung der Sacheinlage juristisch verschieden, aber wirtschaftlich mit derselben verwandt ist der Fall, daß die Verpflichtung des Aktienzeichners ursprünglich auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist, die Gesellschaft aber dem Zeichner gestattet, statt des Barbetrages an Zahlungsstatt andere Vermögensobjekte zu leisten (Lehmann II., S. 382; vergl. Wiener in GZ. 25, S. 61). Die Einbringung dieser Vermögensobjekte ist nicht als Illation, sondern als Erfüllung der Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage im Wege der datio in solutum anzusehen.

§ 9. b) **Besondere Rechtssätze in Ansehung der Sacheinlagen** stellt das Handelsgesetzbuch nicht auf. Die Nürnberger Konferenz hat die Aufnahme be-

Digitized by Google

züglicher Bestimmungen abgelehnt (Renaud, S. 677). Nach dem Handelsgesetzbuche ist die Zulässigkeit der Berichtigung des Aktienbetrages durch Einbringung von Sacheinlagen nur an die Voraussetzung gebunden, daß der Wert des Vermögensobjektes, das der Gesellschaft zugewendet wird, dem Betrage der hiefür gewährten Aktien gleichkommt (Renaud, S. 671). Andernfalls würde ein Verstoß gegen das Verbot der Unterpariemission vorliegen (vergl. § 1 zu Art. 222). Der Aktienzeichner hat aber nur dann ein Recht, den Betrag der von ihm gezeichneten Aktien durch Sacheinlagen zu berichtigen, wenn eine solche Berichtigung im Statute oder Gründungsplane vorgesehen ist (Renaud, S. 670), oder wenn der Aktienzeichner in seiner schriftlichen Zeichnungserklärung ausdrücklich bloß die Leistung von Sacheinlagen versprochen hat. Ist das statutenmäßige Aktienkapital durch übertriebene Bewertung der Vermögensobjekte, durch welche die Aktienbeträge berichtigt werden sollten, in Wahrheit nicht aufgebracht, so kann dies unter Umständen die anderen Aktienzeichner zur Anfechtung ihrer Beitrittserklärung berechtigen (vergl. § 2 ff. zu Art. 211). Hat die Gesellschaft einem Zeichner gestattet, seine übernommene Verpflichtung zur Leistung einer Bareinlage durch andere Leistungen zu berichtigen, was der Gesellschaft an sich freisteht (Lehmann II., S. 382), und erreicht der Wert des an Zahlungsstatt gegebenen Gegenstandes nicht den Nennbetrag der Aktie, so liegt hinsichtlich des Minderwertes eine Befreiung des Zeichners von seiner Einlagepflicht vor und es treten die Folgen einer gesetzwidrigen Rückzahlung des Grundkapitals ein (Renaud, S. 678; vergl. § 5 zu Art. 248). Darüber, daß bei Sacheinlagen für die Zeichnung dieselben Erfordernisse gelten wie bei Bareinlagen, siehe § 31 zu Art. 208. Inhaberaktien, auf welche Sacheinlagen gemacht werden, können erst nach Einbringung der betreffenden Sache ausgegeben werden; die Bestimmung des Art. 222, Z. 3, wonach schon nach teilweiser Bezahlung des Aktienbetrages Interimsscheine auf den Inhaber ausgegeben werden dürfen, kann bei der Berichtigung der Sacheinlagen keine Anwendung finden (Lehmann II., S. 376). Ebenso sind die Bestimmungen über die Kaduzierung des Aktienrechtes nur auf den Fall der Bareinlagen zu beziehen (Lehmann a. a. O.).

c) **Der Gefahr**, welche die Einbringung von Sacheinlagen infolge der Neigung, dieselben übermäßig zu bewerten, mit sich bringt, kann, solange das Prinzip der staatlichen Genehmigung besteht, dadurch entgegengetreten werden, daß die Verwaltungsbehörde die Erteilung der staatlichen Genehmigung so lange verweigert, bis sie überzeugt ist, daß durch die Sacheinlagen, welche laut des vorgelegten Gründungsplanes oder Statutenentwurfes geleistet werden sollen, das statutenmäßige Grundkapital wirklich aufgebracht wird, und bis vollständige Klarheit über den Gegenstand der Sacheinlage hergestellt ist.[8]) In dieser Richtung bewegen sich auch die Bestimmungen des Aktienregulativs über diesen **§ 10.**

[8]) Das deutsche Handelsgesetzbuch enthält hier eine Reihe von Kautelarvorschriften, und zwar § 186 (Aufnahme der bezüglichen Bestimmungen in den Gesellschaftsvertrag, widrigenfalls sie unwirksam sind); § 191 (Gründerbericht bei Einlage und Übernahme, nicht auch bei besonderen Vorteilen und Gründerlohn); § 192, Abs. 2 (Prüfung durch Revisoren); § 195, Abs. 2, Nr. 2 (Einreichung der schriftlich fixierten Verträge über diese Festsetzungen bei der Anmeldung); § 196, Abs. 4 (Beschränkung der hiebei interessierten Aktionäre im Stimmrechte in der konstituierenden Generalversammlung bei der Sukzessivgründung); § 196

Digitized by Google

Gegenstand, die allerdings nur verhindern können, daß ohne Erfüllung bestimmter Voraussetzungen eine Aktiengesellschaft entsteht, bei welcher die Aktienzeichner berechtigt sind, Sacheinlagen zu leisten, nicht aber hindern können, daß die aufgestellten Vorschriften dadurch umgangen werden, daß Barzahlung versprochen wird, die Gesellschaft aber nach ihrer Entstehung Sachen an Zahlungsstatt annimmt.[9])

§ 11. Die Voraussetzungen, von deren Erfüllung nach dem Aktienregulativ die Erteilung der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft für den Fall, daß Sacheinlagen in Aussicht genommen sind, abhängig gemacht erscheint, sind folgende:

a) Der Gegenstand der Einlage, die Person des Einlegers und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien sind in den Statutenentwurf, der zugleich mit dem Ansuchen um Erteilung der vorläufigen Bewilligung vorzulegen ist, in das Statut und in alle Zeichnungserklärungen aufzunehmen (§§ 3, Z. 10, 7, 20).

§ 12. β) Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Gegenstandes der Sacheinlage sind klarzustellen, und zwar dadurch, daß dem Gesuche um Erteilung der endgültigen Bewilligung zur Errichtung der Gesellschaft selbst Auszüge aus den öffentlichen Büchern, wenn der Gegenstand der Sacheinlage in solchen vorkommt, nebst etwa vorhandenen anderen Belegen anzuschließen sind (§ 8). Ferner sind gewisse im Hinblick auf die Gründung abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzugeben, und zwar diejenigen, welche dem Erwerbe der Gesellschaft vorausgegangen sind und auf denselben hingezielt haben. Darunter fällt z. B. ein Kauf, welcher über den eingelegten oder übernommenen Gegenstand von einem Gesellschafter oder einem Dritten in der Absicht geschlossen worden ist, den Gegenstand an die Gesellschaft zu veräußern. Ein solches Geschäft kann im Interesse der Gesellschaft liegen, kann aber auch zu ungerechtfertigtem Gründergewinne mißbraucht werden (Petersen und Pechmann, S. 56). Dazu gehören ferner die Konsortialverträge zwischen den Gründern, ebenso ein Vertrag zwischen einem Bankhaus und dem Inferenten, in welchem jenes sich verpflichtet, dem Inferenten die Aktien zu einem bestimmten Preise abzunehmen, oder etwaige Optionsrechte des Bankhauses, Vorschüsse, die dem Inferenten gewährt werden, stipuliert werden usw. Alle diese Rechtsgeschäfte „zielen auf den Erwerb durch die Gesellschaft hin", sollen denselben fördern und ermöglichen.

§ 13. γ) Ein Gründerbericht, das ist eine von sämtlichen Konzessionswerbern und den Sacheinlegern gefertigte schriftliche Erklärung, ist dem Gesuche um Erteilung der endgültigen Bewilligung anzuschließen (§§ 9, 10). Zweck dieses Gründerberichtes ist, der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit zu bieten, zu beurteilen, ob der Wert der Sacheinlagen wirklich dem Betrage der hiefür zu ge-

---

Abs. 5 (Vorschrift der Einstimmigkeit bei Änderungen in diesen Bestimmungen in der konstituierenden Generalversammlung); § 187 (die Inferenten gehören zu den Gründern); § 207 (Übernahme von Anlagen innerhalb zweier Jahre, Nachgründung ist an besondere Voraussetzungen geknüpft); § 313, Nr. 1 (wissentlich falsche Angaben über diese Festsetzungen sind strafbar).

[9]) Wo allerdings, wie nach deutschem Rechte, das Gesetz die Einbringung von Bar- und Sacheinlagen verschieden behandelt, muß angenommen werden, daß eine Umgehung der gesetzlichen Kautelarvorschriften auf die im Texte angeführte Art und Weise unzulässig ist (Petersen und Pechmann, S. 42; Wiener in GZ. 25, S. 60).

Digitized by Google

währenden Aktien gleichkommt. Es sind dabei die wesentlichen Umstände darzulegen, von welchen die Angemessenheit der gewährten Beträge abhängt, und zwar nicht bloß diejenigen, welche für die subjektive Auffassung der Gründer tatsächlich maßgebend gewesen sind, sondern auch diejenigen, welche für die Prüfung dieser Angemessenheit objektiv wesentlich sind, selbstverständlich aber nur, soweit sie die Umstände als hiezu wesentlich ansehen und bei sachgemäßer Prüfung ansehen müssen. Der Wortlaut des Aktienregulativs kann gewiß nicht die Auffassung rechtfertigen, daß bloß diejenigen Umstände anzuführen sind, die für die subjektive Bewertung seitens der Gründer maßgebend sind. (Dies gegen die von Nothnagel, S. 125, vorgebrachten Bedenken.)[10] Im Falle des Überganges eines bestehenden Unternehmens an die Gesellschaft sind die Betriebsergebnisse der beiden letzten Geschäftsjahre auszuweisen. Eine Überprüfung des Gründerberichtes durch Revisoren können die Gründer aus eigenem Antriebe veranlassen; die Verwaltungsbehörde kann aber eine solche Überprüfung nach freiem Ermessen anordnen und von der Befolgung dieser Anordnung die Erteilung der Konzession abhängig machen. Über die Bestellung von Revisoren enthält § 10, Abs. 3 A. Reg. eingehende Vorschriften. Der Inhalt des Revisionsberichtes ist in § 10, Abs. 6 festgesetzt. Die Tätigkeit der Revisoren erstreckt sich übrigens nicht bloß auf die Prüfung der formellen Richtigkeit des Gründerberichtes, sondern die Revisoren können auch aus eigenem Antriebe Gesichtspunkte anführen, die für die Wertbemessung der Sacheinlagen erheblich scheinen (Nothnagel, S. 127).[11])

b) Die Gesamtheit der Zeichner soll Gelegenheit haben, sich über die Anerkennung der Sacheinlagen schlüssig zu werden. **§ 14.** Diesem Zwecke dient die Vorschrift des § 13, Abs. 5 A. Reg., nach welcher der konstituierenden Generalversammlung der Gründerbericht samt vorhandenen Belegen und der etwa eingeholte Bericht der Revisoren vorzulegen ist. Da die Nichtbefolgung dieser Vorschrift die Zurücknahme der staatlichen Genehmigung nach sich zieht (vergl. § 14 zu Art. 208), so erreicht das Aktienregulativ dasselbe, was Art. 180 in Ansehung der Kommanditgesellschaften auf Aktien vorschreibt, daß nämlich die Einbringung einer Sacheinlage von der Gutheißung derselben in einer konstituierenden Generalversammlung abhängig gemacht wird. Nur findet hier nicht, wie bei Art. 180, eine Überprüfung durch zwei Generalversammlungen statt. Die besondere Abstimmungsvorschrift des § 13, Abs. 6 (vergl. § 11 zu Art. 208) rechtfertigt sich durch das besondere Interesse, welches die Sacheinleger an der Errichtung der Gesellschaft haben können. Die Bestimmung des § 13, Abs. 7, daß jeder Beschluß der konstituierenden Generalversammlung, durch den die Festsetzungen des der Aktienzeichnung zu Grunde gelegten Statutenentwurfes betreffs der Sacheinlagen zum

[10]) Zu den gleichen Bedenken hat die dem § 10 AReg. ähnliche Fassung des Art. 210g der Artikelnovelle vom Jahre 1884 Anlaß gegeben; durch eine Änderung in der Textierung des entsprechenden § 191 d. HGB. sollte dieser Auslegung entgegengetreten werden (vergl. Denkschrift S. 147).

[11]) De lege ferenda werden über die Zweckmäßigkeit der Prüfung des Gründungsherganges durch besondere Revisoren verschiedene Ansichten ausgesprochen (vergl. Landauer, S. 31 und Grünhut, Das Aktienregulativ).

Digitized by Google

Nachteile der Gesellschaft geändert werden sollen, der Zustimmung sämtlicher erschienener Aktienzeichner bedarf, hat darin ihren Grund, daß jeder Aktienzeichner durch seine Zeichnungserklärung nur die ursprünglichen Festsetzungen über die Sacheinlagen genehmigt hat und betreffs der endgültigen Festsetzung dieses wichtigen Punktes kein Aktienzeichner einem Majoritätsbeschlusse unterworfen sein soll.

§ 15. ε) Dem Interesse dritter mit der Aktiengesellschaft in Verkehr tretender Personen dient die Vorschrift des § 14, Abs. 2 A. Reg. über die Hinterlegung der die Sacheinlagen betreffenden Belege in der Handels- und Gewerbekammer zu jedermanns Einsicht und die Aufnahme der die Sacheinlagen betreffenden Bestimmungen in die öffentlichen Subskriptionsaufforderungen (vergl. Grünhut, Das Aktienregulativ).

§ 16. ζ) Aktien, auf welche Sacheinlagen gemacht werden, können nur als dem Werte nach vollbezahlte Aktien ausgegeben werden. Die nach § 28, Abs. 7 vorgeschriebene Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Statut hat nur insofern Bedeutung, als sie sich auf Namenaktien bezieht. Hinsichtlich der Inhaberaktien folgt schon aus dem Gesetze, daß sie nicht vor Leistung der Sacheinlage ausgegeben werden dürfen.

§ 17. η) Werden bei einer Erhöhung des Grundkapitals Aktien ausgegeben, auf welche keine Bareinlage gemacht wird, so findet eine staatliche Genehmigung des Erhöhungsbeschlusses nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter denen eine Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft im Falle der Einbringung der Sacheinlage erteilt wird. Dies bestimmt § 17 A. Reg. in richtiger Betonung des Gedankens, daß die Grundkapitalserhöhung als eine teilweise Neugründung anzusehen ist, daher bei dieser nur solche Sacheinlagen als zulässig anzuerkennen sind, die man bei der Neugründung für zulässig hält (vergl. Lehmann II., S. 459). Aus der Natur der Sachlage ergibt sich bloß der im § 17, Abs. 3 hervorgehobene Unterschied, daß der Gründerbericht durch eine von den Sacheinlegern, den Mitgliedern des Vorstandes und des etwa bestellten Aufsichtsrates gefertigte Erklärung ersetzt wird.

§ 18. B. **Gründungserwerbungen (Übernahmen).** Von der Illation wohl zu scheiden ist die Übernahme. Diese ist ein von den Errichtern der Gesellschaft mit einem Dritten geschlossener Vertrag, inhalts dessen derselbe der künftigen Gesellschaft einen Gegenstand überläßt. Zwar kann der Dritte auch eine von denjenigen Personen sein, welche Aktien übernehmen. Aber das Wesen des Übernahmevertrages ist, daß die Gegenleistung nicht in der Mitgliedschaft, nicht in gewährten Aktien besteht. (Wird zwar eine Geldeinlage vereinbart, aber gleichzeitig verabredet, daß die Gegenleistung für die Übernahme und die Einlagenschuld kompensiert werde, so liegt in Wahrheit eine Sacheinlage, keine Übernahme vor). Reine Übernahmeverträge sind je nach der Art der gewährten Gegenleistung reine Kauf- oder Tauschverträge.

Die Rechtswirkungen solcher Verträge folgen den Regeln, welche überhaupt für Geschäfte gelten, die vor Entstehung der Aktiengesellschaft geschlossen werden, in der Absicht, daß sie für und gegen die Aktiengesellschaft nach ihrer Entstehung wirksam sein sollen (vergl. § 8 zu Art. 211). Dies ist der Fall, wenn diese Verträge entweder in das Statut aufgenommen

Digitized by Google

oder von der zur Entstehung gelangten Aktiengesellschaft genehmigt werden. Wirtschaftlich bringen die Übernahmen dieselbe Gefahr mit sich wie die Sacheinlagen, nämlich die Gefahr, daß zu hoch bewertete Gegenstände übernommen werden und auf diese Weise gleich zu Beginn eine namhafte Differenz zwischen nominellem Grundkapitale und Gesellschaftsvermögen entsteht (Lehmann I., S. 374). Daher pflegen die Gesetzgebungen die gleichen Kautelarvorschriften in Ansehung der Übernahmen wie in Ansehung der Sacheinlagen aufzustellen. Das Handelsgesetzbuch enthält solche Vorschriften nicht. Das Aktienregulativ sucht den Mangel dadurch zu ersetzen, daß es für den Fall, als nach dem Gründungsplane Übernahmen in Aussicht genommen sind, die Erteilung der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig macht. Das Aktienregulativ konnte durch seine auf den Gegenstand bezüglichen Vorschriften freilich nur für den Fall Vorsorge treffen, daß die Aktiengesellschaft schon mit derartigen Verpflichtungen rechtlich belastet ins Leben treten soll. Das Aktienregulativ kann aber die zivilrechtlichen Wirkungen einer seitens der erstandenen Gesellschaft erteilten Ratihabition solcher im Gründungsstadium geschlossenen Verträge, auch wenn dieselben für die Gesellschaft schädlich sind, nicht hindern. Immerhin ist eine Umgehung der Kautelarvorschriften des Aktienregulativs dadurch, daß die Gründer die Gründungserwerbungen in dem vorzulegenden Gründungsplane nicht anführen und sich einfach darauf verlassen, daß die Gesellschaft nach ihrer Entstehung die betreffenden, im Gründungsstadium getroffenen Vereinbarungen ratihibieren wird, praktisch nicht gar so leicht durchzuführen. Denn sehr oft wird sich aus dem im Statutenentwurfe angegebenen Gesellschaftszweck ergeben, daß dessen Ausführung ohne den Besitz gewisser Anlagen oder eines bestimmten Etablissements nicht möglich ist. In diesem Falle wird die Verwaltungsbehörde eben die staatliche Genehmigung versagen, wenn die Gründer nicht genügend aufklären, warum der Gründungsplan von dem Erwerbe der zur Ausführung des Gesellschaftszweckes notwendigen Gegenstände nichts erwähnt. Die Schutzvorschriften des Aktienregulativs kommen zur Anwendung, „wenn nach dem Gründungsplane vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen“ (§ 7). Es ist nicht notwendig, daß die Verträge zwischen den Besitzern dieser Gegenstände und den Gründern im Hinblick auf die künftig entstehende Aktiengesellschaft bereits abgeschlossen sind. Ist dies nicht der Fall, so steht es den Organen der Gesellschaft immer noch frei, den betreffenden Vertrag zu schließen oder auch nicht. Freilich können die Gesellschaftsorgane das Geschäft dann unter anderen Modifikationen schließen, als sie im Statute festgesetzt sind. Dann aber treten die Folgen ein, welche Handlungen die Gesellschaftsorgane gegen das Statut nach sich ziehen (vergl. § 4 zu Art. 231). Die Bedingungen, von denen bei geplanten Übernahmen das Aktienregulativ die Erteilung der Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft abhängig macht, sind dieselben wie bei geplanten Sacheinlagen (vergl. oben unter A). Das Aktienregulativ hat auch für den Fall Vorsorge getroffen, daß bei Übernahme beweglicher Sachen (es sollen z. B. die in einem bestimmten Walde zu fällenden Bäume übernommen werden) deren Menge sich zur Zeit des Ansuchens um Erteilung der staatlichen Genehmigung noch nicht bestimmen läßt; in diesem Falle muß der Gründerbericht die Bemessungsgrundlagen für die Bestimmung des Übernahmspreises angeben (§ 9, Abs. 1).

Digitized by Google

§ 19. C. **Nachgründungen.** Trotz aller Wachsamkeit der zur Erteilung der staatlichen Genehmigung berufenen Behörde kann es geschehen, daß die für Übernahmen bei der Gründung getroffenen Sondervorschriften dadurch umgangen werden, daß zunächst eine reine Geldgesellschaft gegründet und nach der Eintragung der Erwerb von Anlagen durch den zur uneingeschränkten Vertretung legitimierten Vorstand mittels einfachen Vertrages stattfindet. Geschieht dies kurz nach der Gründung, so unterliegt dies dem Verdachte, daß der Erwerb schon vorher mit den Gründern geplant und für später hinausgeschoben ist. Das Aktienregulativ hat diese Fälle (die sogenannten Nachgründungen) auch in den Bereich seiner Regelung gezogen, und zwar in der Weise, daß es die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut verlangt, nach welcher die Zulässigkeit der Nachgründungsverträge von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Diese Voraussetzung besteht in einer Genehmigung dieser Verträge durch die Generalversammlung. § 39, Z. 1 A. Reg. bestimmt nämlich, daß im Statute der Generalversammlung für einen Zeitraum von mindestens drei Jahren seit Registrierung der Gesellschaft die Beschlußfassung über Verträge, durch welche die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende, dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmte Anlagen oder unbewegliche Sachen für eine den Betrag des fünften Teiles des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, sowie die Abänderung solcher Verträge zu Lasten der Gesellschaft vorbehalten werden muß, sofern es sich nicht um einen Erwerb von Liegenschaften im Wege der Zwangsversteigerung handelt (ähnlich § 207 d. HGB.). Die Gültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses, durch welchen ein Nachgründungsvertrag genehmigt wird, ist nach dem Statute gemäß § 47, Abs. 2 A. Reg. davon abhängig zu machen, daß die Mehrheit, welche für diesen Beschluß stimmt, mindestens drei Viertel der in der Generalversammlung abgegebenen Stimmen beträgt und mindestens ein Viertel des gesamten Aktienkapitals umfaßt. Auch hat das Statut die Vorlage eines vom Vorstande und etwa bestellten Aufsichtsrate unterfertigten Gründerberichtes nach Vorschrift des § 9, Abs. 1 und 2 an die Generalversammlung vorzuschreiben (§ 47, Abs. 1). Jedem Aktionär ist im Statute das Recht einzuräumen, spätestens drei Tage vor Abhaltung der betreffenden Generalversammlung eine Abschrift des Gründerberichtes zu verlangen (§ 47, Abs. 3).

Unter Anlagen an sich ist schon nach Rings (Anm. 2 zu Art. 213 f) zutreffender Begriffsbestimmung jeder dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmte Gegenstand zu verstehen, welcher sich als im Zusammenhang mit den charakteristischen Zwecken der Gesellschaft befindlich darstellt (zust. Rudorff, S. 163; Behrend, § 134, Anm. 4). Um diese Begriffsbestimmung festzulegen, spricht das Aktienregulativ tautologisch von „Anlagen, die dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind". Es scheiden hienach aus Wertpapiere sowie Waren; ferner Patente und sonstige Rechte. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Statut hat die Wirkung, daß der Vorstand in Ansehung des Abschlusses der gegenständlichen Verträge einer statutarischen Beschränkung unterworfen ist. Eine solche Beschränkung wirkt aber bloß nach innen. Schließt der Vorstand solche Geschäfte ab, ohne vorher einen statutenmäßigen Beschluß der Generalversammlung eingeholt zu haben oder gegen einen Beschluß der Generalversammlung, so wird aus diesen Geschäften die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet und bloß der Vorstand macht sich schadenersatzpflichtig (vergl. § 1 zu Art.

Digitized by Google

231).[12]) Ist der Beschluß der Generalversammlung auf Genehmigung der Nachgründung nicht statutengemäß zu stande gekommen, so kann er angefochten werden. Zur Anfechtungsklage ist insbesondere derjenige Aktionär berechtigt, dem entgegen der Bestimmung des Statutes (§ 47, Abs. 3 A. Reg.) eine Abschrift des Gründerberichtes verweigert wurde.

Artikel 211.

Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht.

Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

Literatur. Homberger, Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft (München 1906).

Einleitung.

Der Artikel stellt fest, durch welche Tatsachen die Aktiengesellschaft als solche entsteht (Abs. 1), und statuiert eine **persönliche Haftung für die vor dieser Tatsache im Namen der Gesellschaft handelnden Personen** (Abs. 2).

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Vor der Erteilung der staatlichen Genehmigung und Eintragung besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht.** Es ist gleichgültig, in welchem Stadium sich der Gründungshergang befindet. Nach außen hin ist in keinem Falle das Bild einer Aktiengesellschaft vorhanden.[1]) Die Gründer unter sich werden zwar in der Regel eine zivilrechtliche Sozietät — keine offene Handelsgesellschaft (vergl. § 4 im Zusatze zu Art. 208 bis 210) — bilden und diese kann auch im Rechtsleben auftreten, aber nicht mit der Wirkung, daß die Ergebnisse ihrer Aktionen ipso jure auf die entstandene Aktiengesellschaft übergehen. Hievon besteht bloß eine Ausnahme, die sich aus dem Gesetze ergibt. Eine Aktiengesellschaft entsteht nämlich durch die von mehreren Personen abgegebene Erklärung, Mitglieder einer Aktiengesellschaft zu werden. Als Äquivalent für die angestrebte Mitgliedschaft verpflichten sie sich zu Vermögenseinlagen, welche das Stammvermögen der Gesellschaft bilden sollen, die ja ohne Vermögen nicht bestehen kann. Diese Einlagen sind entweder Bar- oder Sacheinlagen. Hienach gelangt von Rechts wegen die Aktiengesellschaft lediglich mit denjenigen Rechten ausgestattet zur Entstehung, die ihr aus den Verpflichtungserklärungen der Zeichner erwachsen, und die einzige Verpflichtung, mit welcher von Rechts wegen die Gesellschaft belastet zur Entstehung gelangt, ist die Verpflichtung gegenüber dem Zeichner auf Gewährung des Mitgliedschaftsrechtes, dies aber auch nur dann, wenn während des Gründungsstadiums eine solche Handlung vorgefallen ist, welche eine für die Gesellschaft unwiderrufliche Annahmeerklärung des Zeichners enthält (vergl. § 32 zu Art. 208, Anm. 1). Die Gesamtheit der Zeichner als solche bildet keine zivilrechtliche Sozietät, denn kein Zeichner will gegenüber dem anderen gesellschaftliche Pflichten über-

[12]) Anders nach § 207 d. HGB., wo die Zustimmung der Generalversammlung eine Voraussetzung für die Gültigkeit der Nachgründungsverträge ist. Hiedurch erscheint eine gesetzliche Ausnahme von der unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Vorstandes geschaffen (Staub [Pinner], Anm. 6 zu § 207).

[1]) Eine dem § 188 d. HGB. entsprechende Bestimmung, daß mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer die Gesellschaft als errichtet gilt, fehlt in unserem Rechte.

Digitized by Google

nehmen (Lehmann I., S. 439). Die einzige Verpflichtung, die der Zeichner durch die Zeichnung übernimmt, besteht ja darin, daß er sich verpflichtet, Mitglied der künftigen Gesellschaft zu werden und sodann den Mitgliedsbeitrag zu zahlen (AdlCl. 2234). Man kann auch nicht sagen, daß die Zeichnergesamtheit untereinander einen Verein bildet, denn das Mitgliedschaftsrecht des Zeichners entsteht erst mit der Entstehung der Aktiengesellschaft. Auch nach Abhaltung der konstituierenden Generalversammlung liegen die Verhältnisse nicht anders. Durch die Abhaltung der konstituierenden Generalversammlung, bezw. die Fassung des Beschlusses derselben auf Errichtung der Gesellschaft ist ja bloß die allgemeine Bedingung, unter welcher der einzelne Zeichner erklärt hat, Mitglied der Gesellschaft werden zu wollen (vergl. § 32 zu Art. 208), erfüllt. Wenn aber auch die Aktienzeichner erst mit der Entstehung der Gesellschaft als solcher Mitglieder derselben werden, so können sie bereits vor diesem Zeitpunkte Handlungen vornehmen, die für die Entstehung der Gesellschaft von Bedeutung sind, nämlich Handlungen, durch welche sie die Bedingungen erfüllen, von denen nach Gesetz, Statut oder Gründungsplan die Entstehung der Gesellschaft abhängig ist, z. B. indem sie die Einzahlungen leisten, die nach Statut oder Gründungsplan vor Entstehung der Gesellschaft geleistet sein müssen, indem sie das Statut feststellen, falls nach dem Gründungsplane dessen Feststellung nach erfolgter Zeichnung den Zeichnern überlassen ist, indem sie auf die im Statute oder Gründungsplane festgesetzte Art und Weise den ersten Vorstand bestellen, falls dieser nach Statut oder Gründungsplan von den Zeichnern zu bestellen ist. Denn ohne Vorstand kann die Aktiengesellschaft nicht ins Leben treten (Renaud, S. 280). Aber die Vornahme aller dieser Handlungen ist nicht Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (vergl. insbesondere über die vor Entstehung der Gesellschaft zu leistenden Einzahlungen § 32 zu Art. 208); diese Handlungen sind rein tatsächlicher Natur. Rechtliche Bedeutung erlangen sie erst dadurch, daß durch deren Vornahme die Bedingungen für die Entstehung der Aktiengesellschaft erfüllt werden und der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, der für die entstandene Gesellschaft maßgebend sein soll, festgestellt wird. Auch durch die endgültige Festsetzung des Gesellschaftsvertrages wird zwischen den Aktienzeichnern kein Sozietätsverhältnis begründet; denn wenn ein solches nach entstandener Gesellschaft zwischen den Aktionären nicht besteht, so ist nicht abzusehen, wie es vor entstandener Gesellschaft zwischen den Aktienzeichnern entstehen soll. Den endgültig festgesetzten Gesellschaftsvertrag können die Aktienzeichner ohne Willen der Gründer nicht mehr ändern, auch nicht durch einstimmigen Beschluß. Die Gründer brauchen sich um eine solche nachträgliche Willensäußerung der Aktienzeichner nicht mehr zu kümmern und können die Aktiengesellschaft auf Grund des einmal festgestellten Statutes zum Register anmelden. Um so weniger können die Aktienzeichner mit Stimmenmehrheit eine solche Änderung vornehmen.

§ 2. Ein weiteres und schwieriges Gebiet wird betreten mit der Frage, **welche Wirkung die Eintragung der staatlich genehmigten Gesellschaft dann hat, wenn die Voraussetzungen der Eintragung an einem Mangel leiden**[2]), die Eintragung also eigentlich nicht hätte erfolgen sollen. Diese Frage läßt sich auf Grund der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nicht

[2]) Vergl. hierüber Karl Lehmann in Jherings Jahrb. 33, S. 389 ff.; Enzmann, Die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft (Leipzig 1907).

Digitized by Google

beantworten. Es läßt sich nicht mit dem RÖHG. 7, S. 241 (vergl. auch RG. 5, S. 78) einfach sagen, daß die Eintragung alle Mängel heilt. Das Prinzip wäre einfach, würde aber einen Bruch mit ziviliſtiſchen Grundſätzen enthalten, den nur ein poſitives Geſetz vornehmen könnte, nicht auch die Wiſſenſchaft (vergl. hiezu Enzmann a. a. O., S. 18). Ebenſowenig läßt ſich mit Renaud (S. 268) behaupten, daß durch die erteilte ſtaatliche Genehmigung alle Mängel der Statuten ſaniert werden. Da würde man ein Recht der Verwaltungsbehörde, Dispenſation von den Vorſchriften des Geſetzes zu erteilen, annehmen; ein ſolches Recht müßte aber im Geſetze ausdrücklich ausgeſprochen ſein. Andrerſeits kann als ſicher angenommen werden, daß nicht jeder Gründungsmangel (jede dem Geſetze widerſprechende Statutenbeſtimmung, jede ungültige Zeichnung) Nichtigkeit der Geſellſchaft bewirkt. Die hier vorhandene Geſetzeslücke muß für das öſterreichiſche Recht durch analoge Anwendung des GmbHG. ausgefüllt werden (vergl. § 1 zu Art. 207). Daſelbſt iſt die Materie in § 87 geregelt, wo die Nichtigkeitsgründe genannt ſind, allerdings nicht mit der Wirkung einer Nichtigkeitserklärung ex tunc (vergl. Motive). § 87, Abſ. 1 GmbHG. lautet: „Die Auflöſung einer Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung iſt auf Antrag der Finanzprokuratur durch Beſchluß des Handelsgerichtes ihres Sitzes auszuſprechen, wenn der Geſellſchaftsvertrag der notariellen Beurkundung entbehrt, wenn er nicht die nach § 4 notwendigen Beſtimmungen enthält oder wenn eine dieſer Beſtimmungen den Vorſchriften dieſes Geſetzes widerſpricht."

a) Analog anwendbar iſt die Vorſchrift, ſofern ſie die **Nichtigkeitsgründe** bestimmt; als ſolche werden nach Inhalt der Motive die zur Auflöſung durch das Gericht führenden Mängel angeſehen; an deren taxativer Aufzählung kann nicht gezweifelt werden. Die analoge Anwendung des § 87 gibt für die eingetragene und ſtaatlich genehmigte Aktiengeſellſchaft folgende Nichtigkeitsgründe. **§ 3.**

   α) Das Fehlen der in Art. 208 vorgeſchriebenen notariellen oder gerichtlichen Form bewirkt Nichtigkeit der Geſellſchaft. Die gegenteilige, von Renaud (S. 269), Lehmann (I., S. 425), Ladenburg (GZ. 15, S. 43) vertretene Anſicht, kann aber angeſichts des § 87 GmbHG. für das öſterreichiſche Recht nicht aufrecht erhalten werden (vergl. auch RG. 54, S. 418, mit eingehenden Literaturangaben). **§ 4.**

   β) Lückenhaftes Statut. Die Weſen und Zweck der Geſellſchaft, ihre Kreditbaſis und Stellung im Wirtſchaftsleben charakteriſierenden Beſtimmungen ſind in § 4 GmbHG. als notwendiger Inhalt des Statutes erklärt; erweiſt ſich in irgend einem Punkte der Inhalt des Statuts unvollſtändig, ſo tritt Nichtigkeit der Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung ein. Bei Aktiengeſellſchaften tritt dieſe Folge demnach ebenfalls dann ein, wenn das Statut über Punkte der eben erwähnten Bedeutung keine Beſtimmung enthält. Bezüglich der in Art. 209 angeführten Punkte hat bereits Renaud (S. 271) unterſchieden zwiſchen denen, deren Fehlen im Statute Nichtigkeit der eingetragenen Geſellſchaft bewirkt und denen, die im Statute fehlen können, ohne daß die eingetragene Geſellſchaft nichtig erſcheint (vergl. auch Hahn, § 1 zu Art. 209). Von gleicher Bedeutung wie die nach § 4 GmbHG. in das Statut der Geſellſchaft mit beſchränkter Haftung aufzunehmenden Beſtimmungen ſind für die Aktiengeſellſchaft:

Digitized by Google

αα) Die Bestimmung über die Firma der Gesellschaft, da diese ohne einen Namen nicht im Rechtsverkehr auftreten kann, ferner über den Sitz der Gesellschaft (a. M. Renaud, S. 272; vergl. oben § 3 zu Art. 209).

ββ) Die Bestimmung über den Gegenstand des Unternehmens (Art. 209, Z. 2). Dieser bestimmt ja bis zu einem gewissen Grade die anzuwendenden Rechtsnormen.

γγ) Die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien (Art. 209, Z. 4). Sonst fehlen dem Dritten die unumgänglich notwendigen Daten für die Beurteilung des Kredites der Gesellschaft und die notwendige Bestimmtheit der Verpflichtung des Aktionärs.

Allen anderen Bestimmungen des Art. 209 kommt die erwähnte wesentliche Bedeutung nicht zu, auch nicht der in Z. 7 erwähnten Bestimmung über die Zusammensetzung des Vorstandes (a. M. Renaud, S. 272).

γ) Für die analoge Anwendung des letzten Satzes des Abs. 2 des § 87 GmbHG., daß die Gesellschaft nichtig ist, wenn eine der notwendigen und wesentlichen Bestimmungen des Statuts den Bestimmungen des Gesetzes widerspricht, ergibt sich ein geringer Raum: Die Aktiengesellschaft ist nichtig, wenn der Gegenstand des Unternehmens kein erlaubter ist (vergl. § 2, Abs. 1 GmbHG.), nicht aber schon dann, wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betriebe von Handelsgeschäften besteht (vergl. § 1 zu Art. 207). Die fehlerhafte Wahl der Assoziationsform scheint hier durch die rechtskräftige Eintragung saniert. Ein erheblicher wesentlicher Unterschied zwischen der Aktiengesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche und dem Aktienverein nach dem Vereinsgesetze besteht ja nicht.[3]) Die Wahl einer unzulässigen, gegen die Vorschrift des Art. 18 verstoßenden Firma bewirkt nicht Nichtigkeit der Gesellschaft. Das Vorhandensein einer zulässigen Firma hat für die Aktiengesellschaft keineswegs die gleiche oder eine ähnliche Bedeutung wie das Vorhandensein einer Firma überhaupt. Wenn das GmbHG. in diesem Punkte von einer anderen Auffassung ausgeht, so trägt die entsprechende Vorschrift den Charakter einer singulären Vorschrift, die nicht analog angewendet werden kann. Die Bestimmung des Statuts über den Sitz der Gesellschaft kann nur dann dem Gesetze widersprechen, wenn ein Ort im Auslande als Sitz der Gesellschaft bestimmt ist; dann aber tritt Nichtigkeit der Gesellschaft ein. Daß das Statut in den in Rede stehenden Punkten gegen die einschlägigen Bestimmungen des Aktienregulativs verstößt, ist selbstredend für den Rechtsbestand der Gesellschaft ohne Bedeutung.

Widersprechen andere Bestimmungen des Statuts als die angeführten den Bestimmungen (z. B. Bestimmungen über die Über-

[3]) Ist eine Vereinigung als offene Handelsgesellschaft eingetragen, so entsteht trotz Eintragung keine offene Handelsgesellschaft, wenn es an dem Betriebe eines Handelsgewerbes fehlt (vergl. Jäger, Konkurs der offenen Handelsges., S. 19). Die wesentlichste Wirkung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft, das gebundene Miteigentum, kann eben nur beim Betriebe eines Handelsgewerbes eintreten. In dem im Texte behandelten Falle liegt aber die Sache — abgesehen von der konstitutiven Bedeutung des Registereintrages — anders: die Vereinigung zur juristischen Person unter staatlicher Intervention ist eben nicht an den Betrieb eines Handelsgewerbes gebunden.

Digitized by Google

tragung und Einzahlung der Aktien, über die Verpflichtungen der Aktionäre usw.) dem Gesetze, so tritt nicht Nichtigkeit der Gesellschaft, sondern nur Unwirksamkeit der betreffenden ungesetzlichen Bestimmung ein. Ebensowenig bewirkt die Ungültigkeit einzelner Zeichnungen Nichtigkeit der Gesellschaft. Man kann auch nicht mit Wiener (GZ. 24, S. 488) sagen, daß die gültigen Zeichnungen einen zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes hinlänglichen Teil des Grundkapitals erschöpfen müssen. Es genügt, wenn so viel Zeichnungen gültig sind, daß die für das begriffliche Bestehen einer Aktiengesellschaft notwendige Anzahl von Mitgliedern vorhanden ist (vergl. Lehmann I., S. 427).

Ist die Vollzeichnung des Grundkapitals von der Verwaltungsbehörde zur Bedingung gemacht worden, von deren Erfüllung die Aufrechterhaltung der Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft abhängt, so hat die Nichterfüllung dieser Bedingung nicht eine ipso jure-Erlöschung dieser Genehmigung zur Folge, sondern bloß die Wirkung, daß die Verwaltungsbehörde die erteilte Genehmigung zurücknehmen kann (vergl. § 14 zu Art. 208). Es steht dann im Ermessen der Verwaltungsbehörde, ob sie von diesem Rechte Gebrauch macht; es ist nicht anzunehmen, daß die Verwaltungsbehörde von diesem Rechte Gebrauch machen wird, wenn bloß ein unerheblicher Teil der Zeichnungen ungültig ist.

b) Die **Folge** des Vorliegens einer der eben entwickelten Nichtigkeitsgründe ist Nichtexistenz der Aktiengesellschaft. In dieser Hinsicht liegt keine Rechtslücke vor, daher ist auch die analoge Anwendung der Bestimmung des § 87 GmbHG. unstatthaft, der bei Vorliegen von Nichtigkeitsgründen mit Durchbrechung der allgemeinen Rechtsgrundsätze (aus gerechtfertigten Zweckmäßigkeitsgründen) nur eine Auflösbarkeit der Gesellschaft mit Wirkung ex nunc normiert. Es liegt nicht verzichtbare Anfechtbarkeit, sondern absolute Nichtigkeit vor. Sie kann auch durch nachträgliche Fassung von Generalversammlungsbeschlüssen nicht geheilt werden; denn eine nichtige Gesellschaft kann keine gültigen Beschlüsse fassen. Die Beseitigung solcher wesentlicher Mängel ist schlechterdings nicht anders möglich, als im Wege der Wiederherstellung der Gründung (Johow 13, S. 61). § 5.

Die Frage, wie ein solches Wesen, welches fälschlich als Aktiengesellschaft eingetragen ist, und die Lebensäußerungen desselben zu beurteilen sind, liegt außerhalb des Aktienrechtes. Der Inhalt der Eintragung wird unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte regelmäßig nicht aufrecht zu erhalten sein, denn die Interessenten haben eine Aktiengesellschaft und regelmäßig daher auch nur diese gewollt. Regelmäßig ist daher die Eintragung ein nihil actum. Läßt sich der Inhalt der Gründungsverhandlungen dahin deuten, daß die Parteien eventuell ein Rechtsgebilde anderer Art gewollt haben, so kann ausnahmsweise auch die Existenz dieses anderen Rechtsgebildes die Folge der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft sein (vergl. Lehmann a. a. O., S. 436). Die Registerbehörde hat keinesfalls das Recht, Löschung oder Veränderung von Amts wegen vorzunehmen (Lehmann a. a. O., S. 441, und I., S. 432).

Für die infolge der Nichtigkeit entstehenden Rechtsverhältnisse sind als Grundsätze aufzustellen: daß der Vorstand Dritten als falsus procurator haftet (Enzmann, S. 26), daß ihm wieder die Gründer nach

Digitized by Google

zivilrechtlichen Grundsätzen haften; daß die Schuldner der Pseudogesellschaft das von ihnen Geleistete restituiert und Schadenersatz vom falsus procurator verlangen können (so z. B. das engagierte Personal) oder beim Vertrage beharren und an den falsus procurator erfüllen müssen; daß die Zeichner aber nicht schlechtweg den Anspruch auf Rückzahlung haben, da ihnen gegenüber in Betracht kommt, daß sie Mitglieder einer Gesellschaft werden wollten, welche mit Dritten kontrahieren sollte und in deren Namen kontrahiert worden ist, einer Gesellschaft mit ungewissen Chancen, eine Erwägung, die dazu führt, daß das Vermögen der Pseudogesellschaft, vorweg zur Befriedigung der Ansprüche Dritter zu verwenden ist, zu welchem Zwecke die Zeichner sogar rückständige Beträge zur Deckung des Defizits nachzuzahlen haben. Der Rest ist an die Zeichner nach Maßgabe ihrer Einzahlungen (nicht des Aktienkapitals) zu verteilen (vergl. über alles dieses die ebenso klare wie beweiskräftige Ausführung Lehmanns a. a. O., S. 437 ff., und I., 431 ff.).[4])

§ 6. c) Die Geltendmachung der Nichtigkeit steht jedem Beteiligten, insbesondere jedem Aktionär zu; die Nichtigkeit kann mittels Einrede und Klage geltend gemacht werden. Zulässig ist eine Feststellungsklage gegen den Vorstand als falsus procurator, nicht aber gegen die nichtige Aktiengesellschaft, deren Rechtspersönlichkeit und Parteifähigkeit ja verneint wird (Lehmann I., S. 431).

§ 7. 2. (Abs. 2.) **Handeln vor Entstehung der Gesellschaft namens derselben erzeugt persönliche solidarische Verpflichtung der Handelnden.**

a) Die Vorschrift bezieht sich nur auf das Handeln im Namen der Gesellschaft, das heißt ein Handeln derart, daß darin das Vorgeben liegt, es sei die Gesellschaft schon entstanden, also staatlich genehmigt und eingetragen (Behrend, § 109, Anm. 4).[5]) Ob der Dritte von der mangelnden Eintragung der Gesellschaft gewußt hat, ist unerheblich; der Gesetzgeber hätte sonst die gleiche Ausnahme wie bei Art. 55 und 298 statuiert (so mit überzeugender Begründung RG. bei Seuff. Arch. 57, Nr. 128; Lehmann I., S. 442; Homberger, S. 35; a. M. Behrend, § 109, Anm. 6).[6]) Als handelnde Per-

[4]) Nach Randas Ansicht (II., S. 100) wird die nichtige, ins Register eingetragene Gesellschaft gutgläubigen Dritten gegenüber als bestehend anerkannt. Dem ist nicht beizupflichten. Die von Randa angeführten Art. 25, 46 sprechen dem Handelsregister keineswegs eine Publizitätsfunktion in positiver Richtung zu (vergl. B. Mayer passim). Vergl. § 309 d. HGB. und § 87 GmbHG. (dazu Motive), wo den Nichtigkeitsgründen nur eine Wirkung ex nunc beigelegt wird. Die die Sicherheit des Verkehrs gefährdende Konsequenz, daß eine unter Mängeln errichtete eingetragene Aktiengesellschaft ex tunc nichtig ist, hat schon das d. HGB. durch eine wichtige Ausnahme durchbrochen (§ 311: Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Geschäfte). § 87 GmbHG. hat die Nichtigkeit der eingetragenen Gesellschaft m. b. H. ex tunc überhaupt nicht akzeptiert und im Falle des Vorliegens von Nichtigkeitsgründen die Auflösung der Gesellschaft (ex nunc) durch Gerichtsbeschluß angeordnet.

[5]) An der im Texte angeführten Interpretation des Art. 211, Abs. 2, halten wir fest, trotzdem das RG. (47, S. 1 und RG. vom 22. März 1902 in der Deutschen Juristenzeitung, 7. Jahrg., S. 295) in Ansehung der analogen Vorschrift des § 200 d. HGB. ausgesprochen hat, es komme nicht darauf an, ob das Auftreten so erfolgt ist, als sei die Gesellschaft bereits eingetragen. Den Ausspruch der Motive des dem Art. 211 entsprechenden Art. 181 des preußischen Entwurfes, „die Bestimmung solle verhüten, daß Aktiengesellschaften vor erteilter landesherrlicher Genehmigung als solche ihre Geschäfte beginnen", den das RG. zur Unterstützung seiner Ansicht anführt, müssen wir als Argument für unsere verwerten.

[6]) Die dem Art. 211, Abs. 2, entsprechende Bestimmung des § 2, Abs. 2, GmbHG. will durch Einklammerung des Art. 55 die im Texte erwähnte Streitfrage in entgegengesetztem Sinne lösen. Für die Auslegung des Art. 211 ist dies gegenstandslos.

Digitized by Google

sonen sind diejenigen zu betrachten, die sich als Vertreter der Aktiengesellschaft gerieren (Behrend, § 109, Anm. 8); dagegen nicht ohneweiters diejenigen, mit deren Willen und Zustimmung gehandelt ist, wie in den Beratungen irrig angenommen wurde (P. 1039, 1450).

b) Die vorliegende Vorschrift findet keine Anwendung, wenn § 8.
nicht im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, also nicht als ob die Aktiengesellschaft bereits existieren würde, sondern im Hinblick auf die künftige Existenz der Gesellschaft (Lehmann I., S. 442; Canstein I., S. 480; Blaschke-Pitreich, S. 201). Hieher gehören Verträge über Übernahme von Anlagen (sogenannte Gründungserwerbungen; vergl. § 18 im Zusatz zu Art. 208 bis 210)[7]), Vereinbarungen über Gründervorrechte, Ersatz von Gründungsaufwand, aber auch sonstige Verträge, die sich auf den Geschäftsbetrieb der künftigen Aktiengesellschaft beziehen, z. B. Miete eines Lokales, Anschaffung von Waren usw. Solche Verträge sind vorläufig suspensiv bedingt. Die Erfüllung der Bedingung ist die Entstehung der Aktiengesellschaft als solcher. Auch bedarf es grundsätzlich einer Ratihabition der geschlossenen Verträge seitens der entstandenen Gesellschaft, soweit es sich um Verpflichtungen handelt, die der Gesellschaft aus diesen Verträgen erwachsen sollen (ROHG. 20, S. 217; AdlEl. 878 [S. 635]). Diese Genehmigung kann auch stillschweigend erfolgen. Eine solche stillschweigende Genehmigung liegt darin, daß sich die Gesellschaft auf Grund eines Statuts, in welches derartige Verträge aufgenommen sind oder in welchem den Gründern die Ermächtigung zum Abschlusse derartiger Verträge erteilt wurde (vergl. ROHG. 20, S. 212), konstituiert, denn wenn eine Gesellschaft ins Leben tritt, so kann dies nur auf Grund eines bestimmten Statuts geschehen und die erste Lebensäußerung der entstandenen Gesellschaft besteht notwendigerweise in Anerkennung dieses zur öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Statuts. Der Satz, daß die Aktiengesellschaft die vor ihrer Entstehung für sie im Hinblick auf ihr künftiges Entstehen eingegangenen Verpflichtungen, wenn deren Inhalt in das Statut aufgenommen wurde, gegen sich gelten lassen muß, ist ein zweifelloser.[8]) Die Aufnahme eines Vertrages in das Statut bewirkt aber bloß, daß die aus diesem Vertrage entstehenden Rechte und Pflichten auf die entstandene Aktiengesellschaft übergehen. Der die Rechte und Pflichten erzeugende Vertrag liegt aber außerhalb des Gesellschafts-

[7]) Vor Eintragung kann die Gesellschaft nicht als Eigentümerin der von ihr zu übernehmenden Realitäten bücherlich eingetragen werden. Die Sicherung des beabsichtigten Erwerbes kann durch Anmerkung der Rangordnung im Sinne des § 53 Grundbuchsges. erfolgen (vergl. Motive zu §§ 9, 10 GmbGH.).

[8]) Auf diesem Satze beruht ja auch die Wirksamkeit der Verpflichtungen, die die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium gegenüber dem Staate eingeht, so die Verpflichtung zur Bestreitung der Kosten der staatlichen Aufsicht (vergl. § 8 zu Art. 208) und andere Verpflichtungen (vergl. Renaud, S. 178). Von diesem Standpunkte aus lassen sich wohl auch im Ergebnisse die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes bei Budwinski 6779 und 7029 aufrechterhalten, wo ausgesprochen ist, daß die Aktiengesellschaft verpflichtet ist, die Erwerbsteuer für die Zeit zu tragen, in welcher das Unternehmen der Aktiengesellschaft vor deren Entstehung auf deren Rechnung betrieben wurde. (Das Statut der Gesellschaft bestimmte tatsächlich, daß die Führung des Betriebes während der erwähnten Zeit auf Rechnung der Gesellschaft gehe.) Der Begründung, daß die Aktiengesellschaft zur Zeit dieses Betriebes tatsächlich bestand und Art. 211 bloß das Verhältnis der Aktiengesellschaft zu Dritten in tatsächlicher Beziehung regle, aber steuerrechtliche Gesichtspunkte nicht berühre, kann nicht beigepflichtet werden.

Digitized by Google

vertrages (Lehmann I., S. 380; Behrend, S. 778). Im praktischen Ergebnisse ist es wohl ziemlich gleichgültig, ob man sich zur Begründung des oben aufgestellten Satzes auf eine stillschweigend erteilte Ratihabition beruft, wie wir es versucht haben (vergl. auch Lehmann I., S. 380, 443), oder auf den übereinstimmenden Willen sämtlicher Aktienzeichner, der in der Feststellung des Inhaltes des Statuts seinen Ausdruck findet (so Wiener in GZ. 24, S. 47), beruft oder ob man endlich den Rechtssatz aufstellt, daß die Aktiengesellschaft kraft Rechtssatzes mit den im Statute ausgesprochenen Verpflichtungen ins Leben tritt (so das oberwähnte Erkenntnis des ROHG., dem allerdings der Text des Handelsgesetzbuches in der durch die Aktiennovelle vom Jahre 1870 geänderten Fassung zu Grunde lag; ähnlich auch RG. 24, S. 23; Näheres siehe bei Behrend, § 114). Hiedurch kann es allerdings geschehen, daß die Gesellschaft mit allen möglichen Verpflichtungen belastet ins Leben tritt. Das geltende Handelsgesetzbuch stellt hier keine Beschränkungen auf. Der Verwaltungsbehörde steht es allerdings frei, einem Statute, welches der Gesellschaft zu viele Verpflichtungen aufbürdet, die Genehmigung zu versagen.

§ 9. **Zusatz. Aktien können vor Entstehung der Gesellschaft, also vor deren Eintragung nicht ausgegeben werden.** Dieser Rechtssatz ergibt sich allerdings nicht unbedingt aus Abs. 2 dieses Artikels (dies war die Ansicht der Nürnberger Konferenz, P. 1039; vergl. Behrend, § 109, Note 2), denn Art. 211, Abs. 2 findet ja bloß dann Anwendung, wenn im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, als ob sie bereits bestehen würde. Wohl aber folgt der oben ausgesprochene Rechtssatz aus der Bestimmung des Art. 211, Abs. 1. Denn das Aktienrecht setzt eine bestehende Aktiengesellschaft voraus; erst mit der Entstehung der Aktiengesellschaft als solche entsteht das Mitgliedschaftsrecht des Zeichners (vergl. § 32 zu Art. 208). Aktienurkunden, die über ein nicht bestehendes Aktienrecht ausgegeben werden, sind daher mangels einer entgegenstehenden Vorschrift des Gesetzes nichtig (Lehmann I., S. 200). Demnach findet der im Art. 178 in Ansehung der Kommanditgesellschaften auf Aktien ausgesprochene Rechtssatz, daß die vor staatlicher Genehmigung und Eintragung der Gesellschaft ausgegebenen Aktienurkunden nichtig sind, trotzdem hier eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung fehlt, auch auf Aktiengesellschaften Anwendung (Blaschke-Pitreich, S. 200; Canstein, I., S. 481; gegen die Zulässigkeit eines Schlusses a contrario spricht die bei Behrend, § 109, Anm. 2 mitgeteilte Redaktionsgeschichte). Dasselbe, was von der Ausgabe von Aktien vor Entstehung der Aktiengesellschaft gilt, gilt auch für die Ausgabe von Interimsscheinen, sofern damit wirklich die Ausstellung von Urkunden beabsichtigt ist, die das Mitgliedschaftsrecht provisorisch bestätigen sollen (vergl. § 2 zu Art. 222). Denn in diesem Falle setzt die Gültigkeit des Interimsscheines auch ein wirklich bestehendes Mitgliedschaftsrecht und damit auch die Existenz der Aktiengesellschaft voraus (Lehmann I., S. 214). Soll jedoch in der mit dem Ausdrucke „Interimsschein" bezeichneten Urkunde bloß der Aktienbezug seitens der Gründer und nicht seitens der Gesellschaft zugesichert werden, so liegt ein eigentlicher Interimsschein nicht vor und der Ausgabe solcher Urkunden steht nichts im Wege.[9]) Dieselben können auch beliebig übertragen werden, während die vor der Entstehung

[9]) Eine abweichende Ansicht in Ansehung der vor Eintragung der Kommanditgesellschaften auf Aktien ausgegebenen Interimsscheine mußten wir in Hinblick auf das argumentum a contrario aus Art. 173, Abs. 4, aufstellen (vergl. § 1 zu Art. 178).

Digitized by Google

der Gesellschaft erfolgte Übertragung einer Aktie oder eines Interimsscheines im engeren Sinne ein juristisch bedeutungsloser Akt wäre. Die Folge der Ausgabe von Urkunden über Mitgliedschaftsrechte vor Entstehung der Gesellschaft ist Schadenersatzpflicht der Ausgeber. Dies folgt aus Art. 211, Abs. 2. Bezüglich des näheren über diese Schadenersatzpflicht ist auf die Erläuterung zu Art. 178 zu verweisen. Zusätzlich zu bemerken ist hier bloß, daß eine Bestimmung, daß der Schadenersatzanspruch dem Besitzer der nichtigen Urkunde zusteht, hier fehlt. Wer Schadenersatzanspruch stellen kann, ist lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Über die Frage, ob durch Eintragung der Gesellschaft die nichtigen Urkunden konvaleszieren, vergl. § 1 zu Art. 178.[10])

Artikel 212.

Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung hat, muß dies behufs der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die Anmeldung muß die in Art. 210, Abs. 2 und 3, bezeichneten Angaben enthalten. Das Handelsgericht hat die Mitglieder des Vorstandes zur Befolgung dieser Vorschriften von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Literatur. Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte (1902), S. 283 ff.

Einleitung.

Der Artikel beschäftigt sich mit Zweigniederlassungen inländischer Aktiengesellschaften. Über Zweigniederlassung ausländischer Aktiengesellschaften siehe den Zusatz zu diesem Artikel.

Über den Begriff der Zweigniederlassung vergl. Einleitung und § 1 zu Art. 21.

Bei der Aktiengesellschaft entsteht dadurch eine Modifikation des Begriffes, daß hier der Sitz der Gesellschaft nicht frei bestimmt werden kann; jede Niederlassung an einem anderen Orte, auch wenn sie tatsächlich der eigentliche Zentralpunkt der Verwaltung ist, ist hienach Zweigniederlassung (Johow 13, S. 42).

§ 1.

1. **Die Notwendigkeit der Anmeldung.** Die Notwendigkeit der Anmeldung ist nicht etwa in dem Sinne aufzufassen, als wenn die Zweigniederlassung durch sie erst rechtlich existent würde. Die Zweigniederlassung besteht vielmehr rechtlich auch ohne Anmeldung und Eintragung. Die Eintragung ist nur Ordnungsvorschrift, deren Befolgung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann; die Ordnungsstrafen sind gegen die Vorstandsmitglieder zu verhängen, denen die Verpflichtung der Anmeldung obliegt. Die Errichtung einer Zweigniederlassung ist ein reiner Verwaltungsakt und erfordert, wenn die Statuten nichts anderes besagen, keine Statutenänderung (ROHG. 22, S. 278; Lehmann-Ring I., S. 413; Lehmann I., S. 496; Denzler, S. 285). Zur Errichtung einer Zweigniederlassung ist im Zweifel der Vorstand zuständig (Denzler, S. 286). Daher ist auch keine staatliche Genehmigung für die Errichtung einer Zweigniederlassung notwendig, auch nicht nach österreichischem Rechte trotz der Be-

[10]) § 209 d. HGB. statuiert die Nichtigkeit der vor Eintragung der Gesellschaft ausgegebenen Aktien und Interimsscheine und die Schadenersatzpflicht der Ausgeber dieser Urkunden gegenüber den Besitzern derselben.

Digitized by Google

stimmung des § 2, lit. m VerG., wo die staatliche Genehmigung zur Ausdehnung eines Vereines durch Errichtung von Filialen für erforderlich erklärt wird; denn der Begriff „Filiale" eines Vereines ist nicht mit dem der Zweigniederlassung identisch (anscheinend dagegen Blaschke-Pitreich, S. 24). Es ist daher vollkommen überflüssig, daß die Statuten fast aller Aktiengesellschaften die Bestimmung enthalten, daß die Gesellschaft zur Errichtung von Zweigniederlassungen berechtigt ist.

§ 2. 2. **Die Form der Anmeldung.** Da nach dem eben Gesagten ein reiner Verwaltungsakt vorliegt, genügt die Anmeldung jedes voll vertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedes. Im Falle der Kollektivvertretung — nur in diesem Falle — muß die Anmeldung von allen Vorstandsmitgliedern ausgehen.

§ 3. 3. **Der Inhalt der Anmeldung** muß nach Abs. 2 des vorstehenden Artikels die in Art. 210, Abs. 2 und 3 enthaltenen Angaben enthalten. Daß die Eintragung zunächst beim Register der Hauptniederlassung erfolgen muß, folgt schon aus Art. 21 und dem Wesen der Sache, da eine Aktiengesellschaft vor der Eintragung nicht besteht. Daher ist vor der Eintragung in das Zweigregister nachzuweisen, daß die Eintragung beim Hauptregister erfolgt ist (Anschütz-Völderndorff II., S. 487). Über Firma und ihre Prüfung durch den Registerrichter siehe unten § 5. Die Eintragung und Publikation muß, obwohl dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, in demselben Umfange wie bei der Hauptniederlassung erfolgen (Johow 15, S. 16).

§ 4. 4. **Was späterhin nach Eintragung der Zweigniederlassung in das Zweigregister einzutragen sei,** ist zweifelhaft. Aus den Grundsätzen, die bei § 2b zu Art. 21 entwickelt wurden, ergibt sich, daß auch die nach Eintragung der Gesellschaft selbst vorzunehmenden weiteren Eintragungen sowohl im Register der Hauptniederlassung als auch in dem der Zweigniederlassung vorzunehmen sind. Zur Eintragung ins Register der Zweigniederlassung sind also anzumelden: Die Vorstandsmitglieder (AdlCl. 1336), die im Register der Hauptniederlassung eingetragene Prokura (OGH., 3. Sept. 1907, JW. 1907, Nr. 48), die Statutenänderungen, jedoch nur, sofern sie sich auf die Art. 210, Absatz 2 und 3 erwähnten Punkte beziehen (vergl. AdlCl. 2215, 2216; OGH., 12. März 1907, ZBl. 1907, Nr. 136, 22. Okt. 1907, ZBl. 1907, Nr. 379); ganz unrichtigerweise wird aber in den bezogenen Entscheidungen die Anmeldungspflicht auf die in Art. 210, Ziffer 2 und 3 erwähnten Punkte eingeschränkt (vergl. Redaktionsbemerkung im ZBl. 1907, S. 418). Über die Anwendung des Art. 25 vergl. § 4 dortselbst.

§ 5. 5. **Über die Firma der Zweigniederlassung** sagt der vorliegende Artikel nichts Besonderes, wohl aber Art. 21. Dem Satze, daß die Aktiengesellschaft nicht mehrere Firmen haben kann (§ 8 zu Art. 22), steht nicht der Führung eines Zusatzes wie Filiale usw. bei der Firma einer Zweigniederlassung entgegen (AdlCl. 1336; OLG. für Bayern bei Seuff. Arch. 62, Nr. 20; Lehmann-Ring I., S. 413), auch nicht der Gebrauch eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes für ein erworbenes Geschäft, das als Zweigniederlassung fortbetrieben wird (OLG. Bayern, Seuff. Arch. 62, Nr. 20: Die Aktiengesellschaft „Bayrische Handelsbank" hat das von H. erworbene Bankgeschäft unter der Firma „Bayr. Handelsbank, Filiale B. vormals H." fortgeführt; a. M. Staub [8], Anm. 8 zu § 201).

Digitized by Google

Im übrigen aber hat bei der Anmeldung der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft der Registerrichter die Zulässigkeit der gewählten Firma nicht zu prüfen, nachdem dieselbe im Register der Hauptniederlassung eingetragen ist. Dadurch hat sie das Recht erworben, unter der bezeichneten Firma Geschäfte zu betreiben (OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 472).

6. **Über die Vertretung der Zweigniederlassung** siehe § 5 zu Art. 21. Hinzuzufügen ist: Ein besonderer Vorstand für die Zweigniederlassung ist überhaupt unzulässig (Ring, Anm. 9; Johow 12, S. 34; Denzler, S. 301). § 6.

Zusatz zu Art. 212. Ausländische Aktiengesellschaften.[1])[2])

I. **Ausländische Aktiengesellschaften** sind solche, deren statutarisch festgesetzter Sitz im Auslande, also nicht innerhalb der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder, gelegen ist (vergl. Isay a. a. O., S. 188, 201). Wo die Gesellschaft gegründet worden ist, ist ebensowenig erheblich wie die Frage, ob die Gründer Inländer oder Ausländer sind.[3]) Ob eine ausländische Gesellschaft als Aktiengesellschaft anzusehen ist, hängt nicht davon ab, wie die betreffende ausländische Gesetzgebung diese Gesellschaft benennt, sondern davon, ob die Gesellschaft diejenigen Merkmale aufweist, an welche das Handelsgesetzbuch das Vorhandensein einer Aktiengesellschaft knüpft (vergl. in § 107 GmbHG. die Worte „Gesellschaften der in diesem Gesetze bezeichneten Art . . ."). Hiebei ist Art. 207 zu Grunde zu legen. Demnach sind nicht Aktiengesellschaften diejenigen ausländischen Gesellschaften, bei denen die Direktoren die uneingeschränkte Haftung übernehmen, wohl aber die companies limited by shares (vergl. RG. 35, S. 39; die englischen Aktiengesellschaften müssen den Zusatz limited haben; Näheres hierüber bei Lehmann bei Holdheim 6, S. 3). Über ausländische Gesellschaften mit beschränkter Haftung vergl. §§ 107 ff. GmbHG. Über die Frage, ob das Gesetz, auf Grund dessen die betreffende ausländische Gesellschaft errichtet ist, dem österreichischen Aktienrechte entspricht, kann das Justizministerium eine das Gericht bindende Erklärung abgeben. Dies ergibt die analoge Anwendung des § 108, Abs. 1 GmbHG. § 7.

II. **Die Rechtsquellen**, welche die Verhältnisse der ausländischen Aktiengesellschaften regeln, sind: Die KaisV. vom 29. Nov. 1865, RGBl. Nr. 127, die sich auf alle ausländischen Aktiengesellschaften, mit Ausnahme der ungarischen Aktiengesellschaften und der Versicherungsgesellschaften, bezieht, und das Ges. vom 29. März 1873, RGBl. Nr. 42, über die Zulassung ausländischer Versicherungsgesellschaften. Trotzdem die KaisV. vom 29. Nov. 1865 niemals die verfassungsmäßige Genehmigung erhalten hat, ist deren Rechtsgültigkeit unbestritten; dieselbe wurde sogar in § 2 des Ges. vom 29. März 1873, RGBl. Nr. 42, anerkannt (Budwinski 976, 7320). Über § 8.

---

[1]) Alles, was in der Folge von ausländischen Aktiengesellschaften gesagt ist, gilt — mutatis mutandis — auch von ausländischen Kommanditgesellschaften auf Aktien; die in Betracht kommenden Rechtsquellen führen stets beide Gesellschaftsarten nebeneinander an.

[2]) Literatur: Walker, Die rechtliche Stellung ausländischer juristischer Personen, insbesondere ausländischer Aktiengesellschaften (Wien 1897); Silbernagel, S. 29 ff.; Ernst Isay, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht). III. Band, 2. Heft.

[3]) § 2 des Ges. v. 7. Mai 1879, RGBl. 65, über die Registrierung von Seehandelsschiffen bestimmt zwar, daß Österreichern gleich zu achten sind: „Aktiengesellschaften, sofern sie in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern errichtet sind und daselbst ihren Sitz haben". Jedoch ist damit für den Begriff der inländischen Aktiengesellschaft neben dem Sitze im Inlande kein selbständiges konstitutives Merkmal aufgestellt. Vergl. auch § 107 GmbHG. und Isay a. a. O., S. 219.

Digitized by Google

ungarische Aktiengesellschaften siehe: Ges. vom 30. Dez. 1907, RGBl. Nr. 278, I., Art. XIX, die im Schlußprotokolle des letzten Ausgleiches enthaltene Zusatzvereinbarung zu dieser Bestimmung; Ges. vom 27. Juni 1878, RGBl. Nr. 63 (§ 8 neu textiert durch § 2 des Ges. vom 30. Dez. 1907, RGBl. Nr. 279). Keine Änderung der erwähnten kaiserlichen Verordnung enthalten die über den Gegenstand mit einzelnen Staaten geschlossenen Staatsverträge; dieselben enthalten lediglich Reziprozitätserklärungen und halten die erwähnte Verordnung ausdrücklich oder stillschweigend aufrecht (Budwinski 7320).[4])

§ 9. III. **Der Inhalt der kaiserlichen Verordnung vom 29. November 1865** ist folgender: Die Art. I bis III regeln die formellen Bedingungen für die Zulässigkeit der Ausübung des gewerbemäßigen Geschäftsbetriebes in Österreich; die Art. IV bis VII setzen die Pflichten fest, die einer ausländischen Aktiengesellschaft durch Eröffnung des gewerbemäßigen Geschäftsbetriebes in Österreich erwachsen; die Art. VIII und IX handeln von der Erlöschung und dem Widerrufe der Zulassung zum gewerbemäßigen Geschäftsbetriebe in Österreich.

§ 10. 1. **Die Zulassung der ausländischen Aktiengesellschaft zum gewerbemäßigen Geschäftsbetriebe im Inlande** hat lediglich eine gewerbepolizeiliche Bedeutung; sie ist nicht etwa ein Akt, der der ausländischen Aktiengesellschaft die privatrechtliche Rechtsfähigkeit verleiht. Die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit einer im Auslande domizilierenden Aktiengesellschaft wurde auf der Konferenz ausdrücklich anerkannt (P. 371) und auch in der österreichischen Jurisprudenz wurde stets gelehrt, daß ausländische juristische Personen — soweit sich nicht aus dem Grundsatze der Retorsion Ausnahmen ergeben — in Ansehung ihrer Rechtsfähigkeit inländischen natürlichen Personen gleichgestellt sind (vergl. statt aller Walker a. a. O., S. 24). Es ist daher anzunehmen, daß die kaiserliche Verordnung vom Jahre 1865 mit diesem Grundsatze nicht brechen, sondern bloß die von der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit verschiedene Zulassung ausländischer Aktiengesellschaften zum gewerbemäßigen Geschäftsbetriebe im Inlande regeln wollte (ebenso Walker a. a. O., S. 24 ff.; Blaschke-Pitreich, S. 239; Landesberger, S. 130; Randa II., S. 110). Der Oberste Gerichtshof scheint jetzt seine ursprünglich (bei AdlCl. 683) vertretene gegenteilige Ansicht aufgegeben zu haben und nunmehr die privatrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit ausländischer Aktiengesellschaften auch ohne Zulassungserklärung anzuerkennen (AdlCl. 974, 2087). Die gleiche Ansicht wird auch vom Verwaltungsgerichtshofe geteilt (Budwinski 976, 977, 4597). Daher kann eine ausländische Aktiengesellschaft auch ohne ausdrückliche Anerkennung und Zulassungserklärung in Österreich Grundeigentum erwerben (Budwinski 976), rechtsgültige Kaufverträge im Inlande abschließen (Budwinski 4597) und bei öster-

[4]) Die Staatsverträge sind samt den erwähnten Gesetzen und der erwähnten Verordnung im XI. Bande der Manzschen Gesetzesausgabe (1. Abtlg.) als Anhang VII abgedruckt. Eine besondere Erläuterung der für Versicherungsgesellschaften und für ungarische Aktiengesellschaften geltenden Spezialbestimmungen unterbleibt hier. Hier sei nur bemerkt, daß die ungarischen Aktiengesellschaften mit Ausnahme der Versicherungsgesellschaften (vgl. den durch § 2 des Ges. vom 30. Dezember 1907, RGBl. 279, neu festgestellten Text des § 8 des Ges. vom 27. Juni 1878, RGBl. 63, und Randa II., S. 111) zur Errichtung von Zweigniederlassungen im Inlande keiner staatlichen Genehmigung bedürfen; bloß die Eintragung der Zweigniederlassung ins Handelsregister ist notwendig. (Näheres siehe bei Blaschke-Pietreich, S. 244 ff.)

Digitized by Google

reichischen Gerichten klagen (GlU. 12.389; Horten, ZPO. Nr. 13; a. M. GlUNF. 2398, 2866). Eröffnet eine ausländische Aktiengesellschaft ohne staatliche Zulassungserklärung in Österreich einen gewerbemäßigen Geschäftsbetrieb, so hat dies nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit der einzelnen im gewerbemäßigen Betriebe geschlossenen Rechtsgeschäfte zur Folge, da ja die Zulassungserklärung bloß eine gewerbepolizeiliche Bedeutung hat. Die ausländische Aktiengesellschaft, bezw. deren Vertretung kann aber bei Strafandrohung gezwungen werden, die gesetzlichen Schritte zur Erlangung der Zulassung nach der kaiserlichen Verordnung vom Jahre 1865 zu unternehmen (Budwinski 7320), und zwar bedarf es einer solchen Zulassungserklärung schon dann, wenn die Gesellschaft im Inlande unter ihrer Firma gewerbemäßig Geschäfte betreibt, auch wenn zu diesem Zwecke im Inlande keine besondere Zweigniederlassung errichtet ist (Budwinski 4597; vergl. aber § 107 GmbHG.), z. B. wenn die ausländische Gesellschaft im Inlande ständig durch Agenten oder Bevollmächtigte Geschäfte abschließt (vergl. ME. vom 4. Juli 1905, NSlg. 5809). Die Teilnahme einer ausländischen Aktiengesellschaft an einer inländischen offenen Handelsgesellschaft begründet gewerbemäßigen Geschäftsbetrieb im Inlande (vergl. die zu § 107 GmbHG. erflossene Entsch. des OGH. vom 17. Juli 1906, ZBl. 1906, Nr. 441). In der Beteiligung einer ausländischen Aktiengesellschaft an einer inländischen Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung liegt jedoch kein gewerbemäßiger Geschäftsbetrieb im Inlande, sondern bloß der Erwerb von Mitgliedschaftsrechten (MJE. mitgeteilt im HMBBl. 1907, S. 109; OGH. vom 23. Apr. 1907, JBl. 1907, Nr. 26; Faltis, GZ. 1907, Nr. 14; a. M. Marquet, über die Beteiligung ausländischer Aktiengesellschaften usw. an inländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung; NotZ. 1907, N. 44 ff.). Zum Einschreiten gegen eine Erwerbstätigkeit, deren Ausübung an die besondere Zulassungserklärung der ausländischen Aktiengesellschaft geknüpft ist, ist nicht nur die Vereinsbehörde, sondern jede Behörde, der die Aufsicht über die Ausübung des betreffenden Erwerbszweiges zusteht, befugt (Budwinski 12.600, 12.601, 12.602, 12.603, 12.604). Eine Zulassungserklärung ist nicht nur für den Beginn der gewerbemäßigen Geschäftstätigkeit im Inlande, sondern auch für die Ausdehnung derselben über die ursprüngliche Dauer hinaus und für jede Erweiterung und Veränderung des Geschäftsbetriebes in Österreich notwendig, die auf Grund einer im Heimatlande erfolgten Statutenänderung beabsichtigt wird; dagegen nicht im Falle einer Statutenänderung, die keine Erweiterung oder Änderung des Geschäftsbetriebes im Inlande zur Folge hat (Blaschke-Pitreich, S. 241).[5])

2. **Die Voraussetzungen, unter denen die Zulassungserklärung** erfolgt, **§ 11.** sind in Art. III der erwähnten kaiserlichen Verordnung aufgezählt. Hiezu ist zu bemerken: Die Gesellschaft muß in ihrem Staate bestehen und sich dort in wirklicher, regelmäßiger Geschäftstätigkeit befinden. Es sollte verhindert werden, daß Aktiengesellschaften, die im Heimatlande nicht einmal ihre Tätigkeit begonnen oder deren Geschäfte dort eine ungünstige Wendung genommen haben, sich in Österreich etablieren. Hat die Gesellschaft von vornherein beabsichtigt, bloß im Inlande geschäftlich tätig

[5]) Derartige Statutenänderungen müssen bloß der inländischen Verwaltungsbehörde angezeigt werden und dieselbe nimmt die Anzeige ohne weitere Beschlußfassung zur Kenntnis.

Digitized by Google

zu werden, so ist sie eben eine inländische und ist den inländischen Gesetzen unterworfen (vergl. Lehmann I., S. 261). Die geschäftliche Tätigkeit im Heimatlande muß unmittelbar auf Erfüllung des statutarischen Zweckes gerichtet sein; Handlungen rein interner Natur, wie Buchhaltung, Korrespondenz usw., genügen nicht (Walker a. a. O., S. 32). Voraussetzung für den erlaubten Beginn der geschäftlichen Tätigkeit im Inlande ist außer der erfolgten Zulassung auch die von der Gesellschaft zu besorgende Publikation der Zulassungsurkunde nach Vorschrift des Art. III der KaisV.

§ 12. 3. **Die Pflichten**, die eine ausländische Aktiengesellschaft durch Eröffnung einer gewerbemäßigen gesellschaftlichen Tätigkeit im Inlande übernimmt, sind dieselben wie die einer inländischen Gesellschaft gleicher Art (Art. VII)[6]; als besondere Pflichten hebt die kaiserliche Verordnung noch hervor: Die Bestellung einer Repräsentanz (Art. IV) und die Vorlage gewisser Urkunden an die politische Landesbehörde (Art. V und VI). Einer Erläuterung bedürfen folgende Punkte:

§ 13. a) Die nach Vorschrift des Art. IV bestellte Repräsentanz ist lediglich eine gesetzlich vorgeschriebene Vertretung der ausländischen Aktiengesellschaft, macht aber nicht die inländischen Zweigniederlassungen derselben oder diejenige, an deren Sitze sich die Repräsentanz befindet, zu selbständigen Rechtssubjekten (dies gegen AdlCl. 1423). Die kaiserliche Verordnung gewährt für letztere Annahme gar keinen Anhaltspunkt und die Bestimmung des Art. IV, daß durch den Sitz der Repräsentanz ein selbständiger Gerichtsstand im Inlande geschaffen wird, spricht sogar deutlich gegen das Bestehen eines selbständigen Rechtssubjektes, denn im letzteren Falle wäre die erwähnte Bestimmung über den Gerichtsstand vollkommen überflüssig. Wenn in den Gründen bei AdlCl. 1423 angeführt wird, daß als Kläger oder Beklagte vor den inländischen Gerichten die Repräsentanz der ausländischen Gesellschaft erscheint, so erklärt sich dies einfach daraus, daß jede Handelsgesellschaft unter der Firma ihres Zweiggeschäftes aus den durch den Betrieb des Zweiggeschäftes begründeten Rechtsbeziehungen klagen und verklagt werden kann (vergl. § 6 zu Art. 21). Die bloße Tatsache, daß eine als Klägerin auftretende ausländische Aktiengesellschaft im Inlande eine Zweigniederlassung besitzt und unter deren Firma klagt, enthebt sie daher nicht von der Verpflichtung, Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten (in diesem Sinne die Fragenbeantwortung zu § 57 ZPO.; dagegen Walker a. a. O., S. 14; Horten, ZPO. Nr. 651). Die nach Art. IV zu bestellende Repräsentanz ist ein notwendiges, aber nicht das einzig zulässige Organ zur Vertretung ausländischer, im Inlande geschäftlich tätiger Aktiengesellschaften im Inlande; auch

[6]) Eine Verpflichtung zur Eintragung ins Handelsregister besteht nur dann, wenn die Gesellschaft im Inlande Handelsgeschäfte betreibt (Canstein in Deutsche Juristen-Ztg., S. 414), mag die Gesellschaft im Heimatstaate auch ohne Rücksicht auf die Art ihres Geschäftsbetriebes als Handelsgesellschaft gelten (vergl. z. B. § 210, Abs. 2, d. HGB.). Die Vertretungsmacht der inländischen Repräsentanz ist selbstredend von deren Eintragung nicht bedingt (AdlCl. 2397). Die Bestellung eines Kurators im Sinne der §§ 1—3 des Ges. vom 24. April 1874, RGBl. 49, steht den inländischen Gerichten zu, auch wenn die Gesellschaft selbst im Auslande für die Inhaber der Teilschuldverschreibungen einen Kurator bestellt hat (AdlCl. 2407).

Digitized by Google

andere Personen können mit beschränkter oder unbeschränkter Vollmacht zu Vertretern im Inlande bestellt werden (ohne Begründung wird in den Gründen der ersten Instanz bei AdlCl. 1269 ausgesprochen, daß die kaiserliche Verordnung vom Jahre 1865 nur eine Art der Vertretung ausländischer Aktiengesellschaften im Inlande zulasse). Auch wird durch das Bestehen der inländischen Repräsentanz die ausländische Zentralleitung nicht gehindert, Verträge über das im Inlande befindliche Vermögen mit Wirksamkeit gegen die inländische Repräsentanz zu schließen (AdlCl. 2386).

b) Eine ausländische Aktiengesellschaft kann im Inlande mehrere Zweigniederlassungen haben. Zur Errichtung jeder derselben ist staatliche Genehmigung erforderlich (vergl. MJE. vom 17. Mai 1874, Z. 2812 [bei Manz XI, 1. Abt., S. 641]; anders bei der Errichtung von Zweigniederlassungen inländischer Aktiengesellschaften; vergl. § 1 zu Art. 212); letztere ist übrigens nicht bloß zur Errichtung von Zweigniederlassungen, sondern auch zur Errichtung von Agentien (über diesen Unterschied vergl. § 2 zu Art. 21) notwendig. Art. IV KaisV. setzt voraus, daß eine der mehreren Zweigniederlassungen im Inlande die „hierländische Hauptniederlassung" bildet. Dort hat auch die für den inländischen Verkehr zu bestellende Repräsentanz ihren Sitz zu nehmen. Welche Zweigniederlassung im Verhältnis zu den anderen als Hauptniederlassung anzusehen ist, wird nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden sein, nach welchen sonst zu entscheiden ist, welche von den an verschiedenen Orten befindlichen Niederlassungen eines Geschäftes als Hauptniederlassung und welche als Zweigniederlassung anzusehen ist. Die Firma aller im Inlande befindlichen Zweigniederlassungen muß dieselbe sein (vergl. § 2 zu Art. 21), und zwar haben alle im Inlande befindlichen Zweigniederlassungen die Firma anzunehmen und zum Handelsregister anzumelden, unter der die hierländische Hauptniederlassung, an deren Sitze sich die Repräsentanz befindet, eingetragen ist (AdlCl. 1269); dies folgt daraus, daß von Gesetzes wegen eine von den mehreren inländischen Zweigniederlassungen als Hauptniederlassung im Verhältnisse zu den übrigen anzusehen ist, und aus der analogen Anwendung des Art. 21. **§ 14.**

c) Die Firma der inländischen Zweigniederlassung muß grundsätzlich mit der Firma der ausländischen Gesellschaft übereinstimmen. Die auf das Vorhandensein einer Zweigniederlassung hinweisenden Zusätze sind selbstverständlich gestattet (vergl. § 2 zu Art. 21). Die hier üblichen Zusätze „Generalagentschaft", „Generalrepräsentanz" usw. sind bei Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in der Praxis stets anstandslos zugelassen worden. Nur dann ist auch, abgesehen von den erwähnten Zusätzen, die Firmenidentität ausgeschlossen, wenn die ausländische Firma nach dem Handelsgesetzbuche nicht zulässig ist. Ein diesbezügliches Prüfungsrecht steht dem Registerrichter zweifellos zu. Denn man kann nicht ausländischen Aktiengesellschaften das Privilegium erteilen, durch Firmen, die nach dem Handelsgesetzbuche unzulässig sind, z. B. durch Wahl von Personennamen, unsere Handelsregister zu verwirren. **§ 15.**

d) Die Bestimmung, daß durch den Sitz der inländischen Repräsentanz im Inlande ein besonderer Gerichtsstand gegen **§ 16.**

Digitized by Google

die ausländische Gesellschaft begründet wird, ist heute infolge der Bestimmung des § 99, Abs. 3 JN. gegenstandslos. Denn nach § 99, Abs. 3 JN. können alle ausländischen Gesellschaften bei jenem inländischen Gerichte geklagt werden, in dessen Sprengel sich ihr ständiges Vertretungsorgan für das Inland befindet (vergl. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 309). Daneben wird durch andere inländische Zweigniederlassungen, an deren Sitze sich kein ständiges Vertretungsorgan befindet (vergl. oben § 14), der Gerichtsstand des § 87 JN. in Ansehung jener Rechtssachen begründet, die sich auf den Betrieb der betreffenden Zweigniederlassung beziehen (vergl. § 7 zu Art. 21). Dagegen kann der Gerichtsstand des Vermögens (§ 99, Abs. 1 JN.) nicht angerufen werden, da durch den Sitz der inländischen Repräsentanz für die ausländische Gesellschaft ein Wohnsitz im Inlande begründet wird (GlUNF. 2678).

§ 17. e) Wird trotz Zulassung zum gewerbemäßigen Geschäftsbetriebe die Bestellung der vorgeschriebenen Repräsentanz unterlassen, so bildet dies für die Staatsverwaltung einen Grund, die Zulassungserklärung zurückzunehmen (Art. IX b). Ein administrativer Zwang auf Bestellung der Repräsentanz ist zwar grundsätzlich möglich, wird aber mangels einer Person, gegen welche ein Zwangsmittel angewendet werden könnte, praktisch meist undurchführbar sein. Ist die Repräsentanz einmal bestellt, so besteht ein Zwang auf Aufrechterhaltung derselben; daher kann die Löschung der bestellten Repräsentanz aus dem Handelsregister nur gegen gleichzeitige Bestellung und Eintragung neuer Repräsentanten bewilligt werden (AblCl. 1146).

§ 18. f) Die Protokolle über die abgehaltenen Generalversammlungen, die Generalbilanz der Gesellschaft und die Spezialbilanz für den Geschäftsbetrieb in Österreich sind von der im Inlande bestehenden Repräsentanz innerhalb der ersten drei Monate eines jeden Geschäftsjahres der politischen Landesbehörde des Sitzes der Hauptniederlassung vorzulegen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung können die Mitglieder der inländischen Repräsentanz durch administrative Zwangsmittel verhalten werden. Eine reale Haftung der in die Spezialbilanz aufgenommenen Aktiven zu Gunsten der inländischen Gesellschaftsgläubiger ist nicht ausgesprochen (Blaschke-Pitreich, S. 242). Besonders zu erwähnen ist die in Art. VI normierte Haftung für absichtlich oder durch Außerachtlassung der pflichtgemäßen Sorgfalt verursachte Unrichtigkeiten der eingereichten Spezialbilanz. Ob diese Haftung außer den nach Art. IV bestellten Repräsentanten auch andere Personen, die an der Aufstellung der Spezialbilanz mitgewirkt haben, trifft, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Nach der kaiserlichen Verordnung tritt hier eine solidarische Haftung nicht ein; ob die Repräsentanten solidarisch oder pro parte haften, ist vielmehr nach § 1302 ABGB. zu entscheiden. Die Haftung besteht gegenüber allen inländischen Gläubigern der ausländischen Gesellschaft; es ist nicht notwendig, daß deren Forderungen durch Geschäfte entstanden sind, welche die inländische Zweigniederlassung geschlossen hat. Zu beweisen hat der Gläubiger, der Schadenersatz begehrt, die Unrichtigkeit der Spezialbilanz und die hiedurch verursachte Entstehung eines Schadens. Die beklagten Re-

Digitized by Google

präsentanten können sich durch den Gegenbeweis schützen, daß die Unrichtigkeit trotz angewandter pflichtgemäßer Sorgfalt nicht vermieden werden konnte.

4. **Die kaiserliche Verordnung kennt eine ipso jure-Erlöschung der Zulassungserklärung und eine Zurücknahme derselben** (vergl. § 14 zu Art. 208). Macht die zur Zurücknahme der Zulassungserklärung zuständige Behörde keinen Gebrauch von dem Rechte der Zurücknahme der Zulassung, so bleibt dieselbe in Kraft und die Gewerbebehörde ist nicht berechtigt, gegen den gewerbemäßigen Geschäftsbetrieb im Inlande einzuschreiten. § 19.

Artikel 213.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Der Artikel statuiert die juristische Selbständigkeit der Aktiengesellschaft (Abs. 1) und bestimmt ihren ordentlichen Gerichtsstand (Abs. 2). § 1.

1. (Abs. 1.) **Die juristische Selbständigkeit der Aktiengesellschaft** besteht, wie schon anderweitig erörtert ist (§ 1 zu Art. 207), darin, daß sie juristische Person ist.[1]) Daraus ergeben sich die hier aufgezählten rechtlichen Fähigkeiten der Aktiengesellschaften von selbst.

   a) **Die Aktiengesellschaft hat als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten.** Als einzelne rechtliche Fähigkeiten sind hervorzuheben:

      α) Die Aktiengesellschaft als solche ist selbständige Trägerin von Recht und Pflicht. Damit ist unverkennbar angedeutet, daß die Aktiengesellschaft ein von den Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt sein soll. Sie als solche ist selbständig berechtigt und verpflichtet.

      β) Die Rechtsfähigkeit ist nicht auf das Gebiet des Privatrechtes beschränkt. Die Aktiengesellschaft kann auch Subjekt öffentlichrechtlicher Rechte (Wahlrecht) und Pflichten sein (vergl. Landesberger, S. 121). Dagegen kann die Aktiengesellschaft keine Delikte begehen und ist strafrechtlich nicht verantwortlich (ROHG. 13, S. 291; RG. in Strafsachen 16, S. 123), wenn ihr auch die zivilrechtliche Haftung für die Delikte ihrer gesetzlichen Vertreter nicht erspart bleibt (vergl. Zusatz 1 zu Art. 230). Dagegen können selbstverständlich gegen sie Delikte begangen werden, jedoch solche nicht, welche sich ihrem Wesen nach gegen physische empfindende Personen wenden. Daher kann gegen eine Aktiengesellschaft das Vergehen des Eingriffes in das Patentrecht, Urheberrecht (vergl. § 46 UrhG.) und Markenrecht begangen werden. Kraft der positiven Bestimmung des österreichischen Rechtes (§ 492 StG.) können Aktiengesellschaften wie jede andere juristische Person auch Objekt der in den §§ 487, 488, 491 StG. bezeichneten strafbaren Handlungen gegen die Sicherheit der Ehre sein. § 2.

[1]) Als juristische Person genießt die Aktiengesellschaft auch alle Begünstigungen, die das Gesetz juristischen Personen gewährt (vergl. §§ 1472, 1485 ABGB.).

Digitized by Google

Die Aktiengesellschaft kann auch Erbin und Legatarin sein (Lehmann-Ring I., S. 429; vergl. §§ 559, 778 ABGB.; Krainz-Ehrenzweig, § 81), auch Vollmachtträgerin (vergl. § 1023 ABGB.). Es steht daher nichts entgegen, daß eine Aktiengesellschaft die Vertretung eines Aktionärs in der Generalversammlung einer anderen Gesellschaft übernimmt. Ebenso kann die Aktiengesellschaft Mitgliedschaftsrechte an anderen Korporationen erwerben.

§ 3. b) **Sie kann Eigentum an Grundstücken und andere dingliche Rechte erwerben.** Hiebei ist allerdings für das österreichische Recht nichts Besonderes gesagt.

§ 4. c) **Sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.** Auch dies würde sich bereits aus den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ergeben. Da die Gesellschaft juristische Person ist, so gestalten sich die Rechtsverhältnisse im Prozesse der Aktiengesellschaft sehr einfach und ohne die mannigfachen Zweifel und Bedenken, die bei der offenen Handelsgesellschaft (§§ 5 bis 8 zu Art. 111) auftauchen.

§ 5. α) Die Aktiengesellschaft ist parteifähig, aber nicht prozeßfähig (Skedl, S. 138; über diesen Unterschied siehe § 5 zu Art. 111). Sie wird vertreten durch den Vorstand als gesetzlichen Vertreter. Über Zustellungen an Aktiengesellschaften siehe Erl. zu Art. 235. In Bezug auf die Vernehmung der Parteien zur Beweisführung sind als Partei die Mitglieder des Vorstandes zu behandeln (§ 373, Abs. 3 ZPO.); als Zeugen können diese daher nicht vernommen werden (RG. 2, S. 400), wohl kann jeder Aktionär als Zeuge vernommen werden, weil er eben nicht Partei ist. Die Bestimmung des § 373, Abs. 3 ZPO. schließt übrigens die Abgabe von Parteierklärungen dispositiver Art und zum Zwecke der Sachverhaltsdarstellung seitens anderer Beamten der Gesellschaft nicht aus (GlUNF. 2221). Im Gesellschaftsprozesse ist der Aktionär von der Ausübung des Richteramtes zwar nicht gemäß § 20 JN. ausgeschlossen (Horten, JN., S. 130), jedoch wird der Umstand, daß ein Richter Aktien der prozeßführenden Gesellschaft besitzt, einen Grund bilden, um ihn als befangen erscheinen zu lassen (vergl. § 19, Z. 2 JN.).

§ 6. β) Die Auflösung der Gesellschaft führt nur dann zur Unterbrechung des Verfahrens, wenn die Gesellschaft durch keinen Advokaten oder keine andere mit Prozeßvollmacht ausgestattete Person vertreten war und außerdem andere Personen als die bisherigen gesetzlichen Vertreter Liquidatoren werden (Horten, ZPO., Nr. 1346, 1370; vergl. Erläuterung zu Art. 111). Verschieden von der Auflösung ist der Untergang der Gesellschaft, wie er durch Amortisation sämtlicher Aktien und durch Fusion (§ 1 zu Art. 247) eintritt. Im Falle der Amortisation sämtlicher Aktien kann der Prozeß nicht fortgesetzt werden (§ 9 zu Art. 242). Es liegt herrenloses Gut vor. Der Fall der Fusion ist mit Rücksicht auf die vorliegende Universalsukzession sowie der Tod einer physischen Person (§ 157 ZPO.) zu behandeln (vergl. Horten, ZPO., Nr. 1346; Skedl, S. 129; Sperl, Sukzession in den Prozeß, S. 151).

§ 7. γ) Die Wirkung des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils ist einfach die, daß dasselbe lediglich gegen die Gesellschaft rechts-

Digitized by Google

kräftig und vollstreckbar ist. Die Aktionäre werden davon nicht berührt, weil die Aktiengesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt ist.

d) **In diesem Umfange, also in unbegrenzter Weise, kann die Aktiengesellschaft Privatrechte erwerben und privatrechtliche Pflichten übernehmen.** Der statutarische Gegenstand ihres Unternehmens bildet nicht etwa die privatrechtliche Grenze ihrer Aktionsfähigkeit. Die diesbezügliche Statutenbestimmung stellt vielmehr lediglich eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes im Sinne des Art. 231, Abs. 2 dar (vergl. §§ 1 und 3 zu Art. 231) und die Überschreitung des statutarischen Wirkungskreises berechtigt die staatliche Aufsichtsbehörde zum Einschreiten gemäß § 22 VerG. Die subjektive Fähigkeit der Aktiengesellschaften zum Gewerbebetriebe ist jedoch auf den statutarischen Gegenstand ihres Unternehmens beschränkt (§ 3, Abs. 2 GewO.; Budw. 12.656; vergl. § 19 zu Art. 208). **§ 7a.**

2. (Abs. 2.) **Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist der Sitz der Gesellschaft.** (Über diesen Begriff vergl. § 6 zu Art. 209). Die Vorschrift ist heute überflüssig, da schon § 75 JN. dasselbe bestimmt. Durch statutarische Bestimmung kann ein vom Sitze der Gesellschaft verschiedener allgemeiner Gerichtsstand nicht geschaffen werden; die Eingangsworte des § 75 JN.: „sofern nichts anderes in allgemein verbindlicher Weise festgesetzt ist" haben nur solche Statuten im Auge, die als integrierende Bestandteile von Gesetzen kundgemacht sind, daher selbst Gesetze sind (vergl. Mat. I., S. 73). Der durch den Sitz der Gesellschaft begründete Gerichtsstand wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß nach Bestimmung der Statuten für einzelne Geschäfte besonderer Art ein anderer Ort als Sitz der Gesellschaft gelten soll (Links 7060). Daß für die Aktiengesellschaft auch die Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände, z. B. des Erfüllungsortes nach § 88 JN. gelten, ist selbstverständlich (vergl. § 9 zu Art. 111). **§ 8.**

Artikel 214.

Jeder Beschluß der Generalversammlung, welcher die Fortsetzung der Gesellschaft oder eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstande hat, bedarf zu seiner Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung, sowie der staatlichen Genehmigung.

Ein solcher Beschluß und die Genehmigungsurkunde müssen in gleicher Weise wie der ursprüngliche Vertrag in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden (Art. 210, 212).

Der Beschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist.

Der Artikel bestimmt, daß Beschlüsse der Generalversammlung, welche die Fortsetzung der Gesellschaft oder eine Statutenänderung zum Gegenstande haben, der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung sowie der staatlichen Genehmigung bedürfen (Abs. 1), **samt der Genehmigungsurkunde in das Handelsregister einzutragen sind** (Abs. 2), **widrigen Falls sie keine rechtliche Wirkung haben** (Abs. 3). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Gesellschaftsfortsetzungs- und Statutenänderungsbeschlüsse bedürfen der öffentlichen Beurkundung.** **§ 1.**

Digitized by Google

a) **Gesellschaftsfortsetzungsbeschlüsse.** Richtiger Ansicht nach hätte es einer Hervorhebung dieser Beschlüsse neben den Statutenänderungsbeschlüssen nicht bedurft. Denn gemeint sind offenbar nur Beschlüsse, welche die Fortsetzung der Gesellschaft über die statutarisch festgesetzte Dauer hinaus zum Gegenstande haben. Und diese enthalten an sich eine Statutenänderung. Nach Rings überzeugenden Ausführungen (Anm. 1) ist diese Nebeneinanderstellung eine historisch zu erklärende Ungenauigkeit, aus welcher ein Schluß dahin, daß die Verlängerung an sich keine Veränderung des Vertragsinhaltes enthalte, nicht gezogen werden kann. Sie enthält eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, auch wenn sie im Statute vorbehalten ist. Ein solcher Vorbehalt im Statute ist überflüssig, weil schon das Gesetz ihn macht (a. M. Esser, Anm. 5; Petersen und Pechmann, S. 387; Förtsch, Anm. 2 zu Art. 180 f). Um so mehr enthält die Verlängerung der Gesellschaftsdauer eine Änderung des Statuts, wenn eine bestimmte Zeitdauer im Statute vorgesehen und eine Fortsetzung nur nicht ausgeschlossen ist (vergl. jedoch RG. 6, S. 124).

§ 2. b) **Statutenänderungsbeschlüsse.** Damit ist jeder Beschluß gemeint, der eine Veränderung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages enthält. Eine Ergänzung des Vertrages fällt darunter. Gleichgültig ist ferner, ob es sich dabei um sachliche oder um redaktionelle Änderungen handelt. Das Gesetz unterscheidet in dieser Hinsicht nicht und tut recht daran. Was scheinbar eine redaktionelle Änderung ist, kann sich schließlich als materielle Änderung von größter Tragweite ergeben. Denn jedes Wort ist mehrdeutig, und wer an die Stelle des einen Wortes ein anderes setzt, kann dadurch, ohne es zu wissen und zu wollen, die erheblichste sachliche Änderung bewirkt haben (vergl. Kammergericht bei Johow und Küntzel 5, S. 31; Ring, Anm. 3; Behrend, § 135, Anm. 4; a. M. Petersen und Pechmann, S. 109; Esser, S. 116; Förtsch, Anm. 4 zu Art. 180 f).

Inhaltlich können Statutenänderungen alle Rechte und Verhältnisse der Gesellschaft betreffen, nur können sie nicht die wesentlichen Merkmale einer Aktiengesellschaft beseitigen (RG. 6, S. 120 ff.; 17, S. 17 ff.), auch nicht gegen sonstige zwingende Rechtsvorschriften verstoßen, also z. B. nicht dem Aktionär besondere Verpflichtungen auferlegen (Art. 219).

Auch dürfen sie nicht in diejenigen Aktionärrechte eingreifen, welche nach Gesetz oder Statut als unentziehbar gewollt sind, so z. B. das Dividendenrecht als abstraktes Recht beseitigen oder nach Feststellung entziehen oder den Anspruch auf die Liquidationsquote nehmen (RG. 7, S. 34) oder die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte entziehen, z. B. das Recht aus Art. 237 (vergl. Zusatz 1 zu Art. 224). Andere Beispiele: Das Statut hat die Übertragung der Aktien freigelassen, es kann nicht mit Majorität dahin abgeändert werden, daß zur Übertragung in Zukunft die Einwilligung der Gesellschaft gehört (dagegen Bachmann, S. 88); die umgekehrte Abänderung ist zulässig, es sei denn, daß die Umstände auch hier für Unabänderlichkeit sprechen (Lehmann bei Kohler und Ring, Bd. 9, S. 359; vergl. Felix Mayer in GZ. 1900, S. 416).

Digitized by Google

Involviert ein Statutenänderungsbeschluß einen Beschluß anderer Art, so muß er auch die Erfordernisse dieses letzteren aufweisen. So ist z. B. der Beschluß auf Verlegung des Sitzes ins Ausland als Auflösungsbeschluß aufzufassen (vergl. § 10 zu Art. 242; vergl. auch Lehmann bei Kohler und Ring, Bd. 9, S. 357).

c) **Zur Fassung von Beschlüssen dieser Art ist die Generalversammlung zuständig**, auch wenn ihr durch das Statut diese Befugnis nicht ausdrücklich eingeräumt würde. Es ist nicht die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich.[1]) Dies kann heute als allgemeine Lehre bezeichnet werden (vergl. Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 322, und gegen Renaud, S. 457 ff., der die gegenteilige Auffassung vertritt, statt aller Anschütz-Völderndorff II., S. 489; derselben Ansicht Lehmann II., S. 199, Anm. 2; Landesberger, S. 126). Daß es sich um eine Änderung der in das Statut hinübergenommenen Bestimmungen des Gründungsprospektes handelt, ist unerheblich. (Über die gegenteilige, in manchen Staaten gesetzlich anerkannte sogenannte „ultra-vires-Theorie" vergl. Lehmann und Landesberger a. a. O.). § 3.

d) **Der Rechtssatz, daß der Beschluß auf Abänderung der Statuten in den Wirkungskreis der Generalversammlung fällt, ist kein zwingender.** Das Statut kann als Erfordernis für die Wirksamkeit derartiger Beschlüsse die Zustimmung sämtlicher Aktionäre verlangen und kann andrerseits das Recht, Statutenänderungsbeschlüsse zu fassen, auch einem anderen Organe, z. B. dem Vorstande oder Aufsichtsrate, einräumen. Nach dem Handelsgesetzbuche steht einer solchen Delegation kein Hindernis entgegen (Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 332; Renaud, 2. Aufl., S. 631; anscheinend dagegen Lehmann II., S. 440; Gründe bei Budwinski 3947). Nach dem Aktienregulativ ist eine solche Delegation unzulässig, denn § 39, Z. 5 verlangt, daß im Statute der Generalversammlung die Beschlußfassung über Statutenänderungen ausdrücklich vorzubehalten ist; es hätte allerdings genügt, eine Statutenbestimmung für unzulässig zu erklären, welche das Recht, Statutenänderungsbeschlüsse zu fassen, einem anderen Gesellschaftsorgane einräumt.[2]) Ist durch das Statut der Generalversammlung das ihr von Gesetzes wegen zustehende Recht, über Statutenänderungen zu beschließen, nicht entzogen worden, so ist ein Beschluß der Generalversammlung, durch den der Vorstand oder Aufsichtsrat zur Vornahme einer Statutenänderung ermächtigt wird, ohne jede Wirkung, es wäre denn, daß der Generalversammlungsbeschluß selbst das Statut in dem betreffenden Punkte wirksam abändert. § 4.

Dies gilt nicht nur dann, wenn es sich um sachliche, sondern auch, wenn es sich um redaktionelle Änderungen handelt. Denn jede Änderung der letzterwähnten Art kann in ihrem Schoße sachliche Konsequenzen haben. Ist das gesetzliche Recht der Generalversammlung, über Statutenänderungen zu beschließen, vom Statute unberührt gelassen, so

[1]) Sollte das Statut irgendeinen seiner Bestandteile als unabänderlich bezeichnen, so liegt darin eine Erschwerung der Beschlußfassung, nämlich dahin, daß Einstimmigkeit sämtlicher Aktionäre zu erfordern ist (Ring, Anm. 4; Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 343).

[2]) Nach § 274 d. HGB. kann die Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Den gleichen Standpunkt nahm bereits die Aktiennovelle vom Jahre 1884 ein.

Digitized by Google

ist die Generalversammlung auch nicht im einzelnen Falle berechtigt, den Aufsichtsrat oder Vorstand zu ermächtigen, an dem geänderten Statute diejenigen wesentlichen Änderungen und Zusätze vorzunehmen, von deren Vornahme die Verwaltungsbehörde die Genehmigung des Statutenänderungsbeschlusses abhängig macht. Die bezügliche von der Generalversammlung erteilte Vollmacht kann sich nur auf die Formalisierung der gefaßten Beschlüsse beziehen (Budwinski 3947); letzteres Recht muß der Generalversammlung zustehen; denn es ist nicht notwendig, daß der auf Abänderung des Statuts lautende Generalversammlungsbeschluß gerade den Wortlaut der Änderung feststellt (dagegen Behrend, § 135, Anm. 4). § 15, Abs. 5 A. Reg. setzt aber den Fall als möglich voraus, daß die Generalversammlung, welche einen Statutenänderungsbeschluß gefaßt hat, den Vorstand oder ein anderes Gesellschaftsorgan zur Vornahme von Textesänderungen des neuen Statuts, die die Staatsverwaltung für notwendig erklärt, ermächtigt, ohne zwischen formalen und wesentlichen Änderungen genau zu unterscheiden. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 15, Abs. 5 A. Reg. ist die vorerwähnte Bestimmung des § 39, Z. 5 A. Reg. dahin auszulegen, daß von der notwendigen Bestimmung des Statuts, daß zu dessen Änderung allein die Generalversammlung zuständig ist, die statutarische Ausnahme zulässig ist, daß im einzelnen Falle die Generalversammlung bei Fassung von Statutenänderungsbeschlüssen ein Gesellschaftsorgan ermächtigen kann, an dem geänderten Statute die von der Staatsverwaltung für notwendig erkannten Änderungen vorzunehmen. Diese Ausnahmsbestimmung muß aber im Statute enthalten sein, sonst wäre die in § 15, Abs. 5 A. Reg. vorgesehene Delegation, soweit sie sich nicht bloß auf die Formalisierung des gefaßten Statutenänderungsbeschlusses bezieht, wirkungslos.

Nicht notwendig ist, daß der auf Abänderung des Statuts lautende Generalversammlungsbeschluß gerade den Wortlaut der Änderung feststellt (anders Behrend, § 135, Anm. 4). Das wird sich nicht immer machen lassen. So z. B. wenn es sich um eine Kapitalserhöhung handelt. Da das Statut die Ziffer des Grundkapitals zu benennen hat, so ist die Folge jeder Erhöhung, insbesondere auch jeder teilweisen Ausführung des Erhöhungsbeschlusses die Änderung des Statuts in diesem Punkte. Es genügt hier, daß die Generalversammlung die Erhöhung und gleichzeitig die der Ausführung des Beschlusses entsprechende Änderung des die Ziffer des Grundkapitals angebenden Teiles des Gesellschaftsvertrages beschließt; desgleichen, wenn Aktien verschiedener Gattung zulässigerweise ausgegeben werden, daß in Gemäßheit der Ausführung dieser Transaktion die Statuten entsprechend geändert werden. Wenn hiebei die redaktionelle Feststellung der notwendigen Änderung einem Gesellschaftsorgane überlassen wird, so erscheint dies nicht unzulässig; es ist dies sogar empfehlenswert, damit die Anmeldung zum Handelsregister in fixierter Form geschieht. Aber selbstverständlich haben die so delegierten Gesellschaftsorgane keine materiellen Befugnisse und der Registerrichter kann die von ihnen vorgenommene Feststellung nur eintragen, wenn dies nach seiner Prüfung dem Inhalte des Generalversammlungsbeschlusses entspricht.

§ 5. e) **Eine besonders qualifizierte Majorität ist für Statutenänderungsbeschlüsse im Gesetze nicht vorgeschrieben.** Es genügt einfache Stimmen-

Digitized by Google

mehrheit für die gültige Fassung dieses Beschlusses (anders § 275 d. HGB. und § 50 GmbHG.). Das Statut kann jedoch für die Wirksamkeit derartiger Beschlüsse besondere Voraussetzungen aufstellen, z. B. verlangen, daß der Beschluß mit einer besonders qualifizierten Majorität gefaßt wird, daß ein gewisser Teil des Grundkapitals in der Generalversammlung vertreten ist, daß eine mehrmalige Abstimmung stattfindet usw. Daß die Statutenbestimmung, welche das höhere Erfordernis für die Abänderung der Gesellschaftsverträge aufstellt, gerade im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthalten sein muß, daß, wenn dies nicht der Fall ist, die gesetzlichen Bestimmungen über die Statutenänderungen unabänderlich seien, ist nicht anzunehmen. Ein diesbezügliches Sonderrecht der Aktionäre ist nicht anzuerkennen (dagegen Pinner, S. 246, 247). Es kann daher, wenn der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag über die Frage, in welcher Weise Statutenänderungen zu erfolgen haben, nichts bestimmt, mit einfacher Stimmenmehrheit ein Statutenänderungsbeschluß dahin ergehen, daß fortan Statutenabänderungsbeschlüsse bloß mit qualifizierter Stimmenmehrheit gefaßt werden können, oder umgekehrt: wenn die Statuten bestimmen, daß Statutenänderungsbeschlüsse nur mit einer Mehrheit von drei Viertel des Grundkapitals gefaßt werden können, kann ein späterer Statutenänderungsbeschluß mit dieser Stimmenmehrheit bestimmen, daß fortan Statutenänderungsbeschlüsse schon mit einfacher Mehrheit gefaßt werden können (vergl. Makower, S. 647, und Lehmann, S. 443). Der Gesellschaftsvertrag braucht die Abänderung der Abstimmungsmodalität gegen das Gesetz nicht gerade in unmittelbarem Anschluß an die betreffende Statutenbestimmung zu enthalten; es genügt, wenn die Statuten deutlich erkennen lassen, daß sich die Abstimmungsvorschrift auf die betreffende Statutenänderung bezieht (RG. 27, S. 69).

Nach § 48, Abs. 1 A. Reg. muß das Statut, wenn es Aussicht auf Erteilung der staatlichen Genehmigung haben will, festsetzen, daß ein Beschluß der Generalversammlung auf Abänderung des Statuts nur wirksam ist, wenn die in der Generalversammlung anwesenden Personen für mindestens ein Drittel des Aktienkapitals das Stimmrecht auszuüben berechtigt sind und eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen für die Statutenänderung stimmt. Ist eine dem § 48, Abs. 1 entsprechende Bestimmung in das Statut aufgenommen worden, so sind bei Berechnung des Drittels die Aktien derjenigen Personen, welche infolge statutarischer Anordnung (vergl. § 43 A. Reg.) nur mit einem Teile ihres Aktienbesitzes stimmen dürfen, nur mit demjenigen Betrage zu zählen, mit dem sie sich an der Abstimmung beteiligen dürfen. Gleichgültig ist, mit welchem Teile des Aktienbesitzes sie sich bei der Abstimmung wirklich beteiligen. Die Dreiviertelmajorität wird nicht nach der Anzahl der abstimmenden Aktionäre (also anders als nach Art. 180, Abs. 2 HGB.), sondern nach der Anzahl der abgegebenen Stimmen berechnet; wie viel Stimmen dem einzelnen Aktionär gewährt sind, bestimmt das Statut. Gezählt werden nur diejenigen, welche er faktisch ausübt. Es ist jedoch eine statutarische Bestimmung zulässig, daß für den Fall der Beschlußunfähigkeit der ersten einberufenen Generalversammlung die nächst einberufene ohne Rücksicht auf die Höhe des in derselben vertretenen Aktienkapitals beschlußfähig ist (§ 48, Abs. 4 A. Reg.).

Digitized by Google

§ 6. 2. **Statutenänderungsbeschlüsse bedürfen der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung.** Das Handelsgesetzbuch schreibt nichts weiter vor als eine Beurkundung in notarieller oder gerichtlicher Form. Die Frage, was hierunter zu verstehen ist, ob die Aufnahme eines formellen Protokolls oder die Aufnahme einer formellen Verhandlung notwendig ist, wer das Protokoll zu unterschreiben hat, beantwortet sich nach den Bestimmungen der Landesgesetze, sofern solche vorhanden sind. Für das österreichische Recht enthält § 87 NO. eine solche Bestimmung, woselbst es heißt:

„Behufs Beurkundung der Beschlüsse der Generalversammlungen von Aktiengesellschaften oder anderen Vereinen hat der Notar unter Angabe des Ortes und der Zeit der Versammlung ein Protokoll aufzunehmen und darin die gefaßten Beschlüsse sowie alle in seiner Gegenwart in der Versammlung vorgekommenen Ereignungen und abgegebenen Erklärungen, welche für die Beurteilung der Regelmäßigkeit des Vorganges von Erheblichkeit sind, genau anzuführen. Das Protokoll ist von demjenigen, der der Versammlung vorgesessen ist, und zwei anderen Mitgliedern derselben zu unterschreiben.

Sofern die Voraussetzungen hiezu vorliegen, kann in dem Protokolle auch die Bestätigung über die Identität des Vorsitzenden oder anderer, in der Versammlung anwesenden Personen aufgenommen werden (§ 79). Ist eine solche Bestätigung nicht aufgenommen, so haftet der Notar für die Identität der in dem Protokolle genannten Personen nicht. Die in Urschrift zu erteilende Beurkundung muß den ganzen Inhalt des Protokolles umfassen."

Gegenstand der Beurkundung ist nicht die Abgabe einer Erklärung, sondern einer Ereignung; daher hat sich die Beurkundung nicht auf die Richtigkeit der vom Vorsitzenden abgegebenen Erklärungen zu beziehen (AdlCl. 1812). Ist den Vorschriften des § 87 NO. nicht entsprochen, so ist die notarielle Beurkundung als nicht vorhanden anzusehen. Der der öffentlichen Beurkundung unterliegende Beschluß ist daher unwirksam. Das Handelsgesetzbuch erwähnt neben der notariellen Beurkundung noch die gerichtliche. Es ist jedoch in keinem der Gesetze über das gerichtliche Verfahren und die Organisation der Gerichte eine Bestimmung enthalten, in der eine Tätigkeit der Gerichte in der in Rede stehenden Richtung vorgesehen ist. Durch die gegenständliche Bestimmung des Handelsgesetzbuches sollte gewiß nicht den Gerichten die Pflicht zur Aufnahme der erwähnten Beurkundung auferlegt werden, sondern bloß ausgesprochen werden, daß dem Handelsgesetzbuche auch eine gerichtliche Beurkundung genügt, sofern nach den einzelnen Landesgesetzen das Gericht zur Vornahme derartiger Beurkundungen berechtigt und verpflichtet ist.

§ 7. 3. **Beschlüsse auf Abänderung der Statuten bedürfen der staatlichen Genehmigung.** Dies ergibt sich als eine entsprechende Konsequenz aus den Erfordernissen der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft, da ja die Gesellschaft nur auf Grundlage der vorgelegten Statuten die staatliche Genehmigung erhalten hat. Daher bestimmt auch § 21 VerG. im Einklange mit Art. 214: „Änderungen der genehmigten Gesellschaftsregel (Statuten u. dgl.) und überhaupt der durch Bewilligung des Vereines vorgezeichneten Bestimmungen bedürfen, um Wirksamkeit zu erlangen, der Genehmigung, die denselben Anordnungen unterliegt, wie die ursprüngliche Bewilligung." Aus dieser Gesetzesstelle ergibt sich, daß zur Erteilung der Genehmigung der Statutenänderungsbeschlüsse dieselbe Behörde zuständig ist, welche über die staatliche Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft zu entscheiden hat, und daß die Genehmigung der Statutenänderungsbeschlüsse nach freiem Ermessen erteilt oder verweigert werden kann (Budwinski 5532). Das Aktienregulativ enthält über diesen Gegenstand in § 15 Be-

Digitized by Google

stimmungen, indem es die Vorschriften des Art. 214 und des § 21 VerG. wiederholt (Abs. 1), bestimmt, daß das Gesuch um Gnehmigung bei der politischen Landesbehörde und ins Ausnahmsfällen beim Ministerium direkt einzubringen ist (Abs. 2), formelle Vorschriften über die Instruierung des Gesuches (Abs. 3) und über das von der Behörde einzuschlagende Verfahren aufstellt (Abs. 4), die Vornahme der von der Verwaltungsbehörde verlangten Änderungen in den Bestimmungen des neuen Statuts durch andere Gesellschaftsorgane als die Generalversammlung vorsieht (Abs. 5; vergl. oben § 4) und endlich festsetzt, daß die staatliche Genehmigung des Statutenänderungsbeschlusses erlischt, wenn nicht innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, gerechnet vom Datum der Genehmigungsurkunde, die Eintragung der geänderten Statuten in das Handelsregister bewirkt wird (Abs. 6; vergl. § 14 zu Art. 208).

4. (Abs. 2.) **Beschlüsse dieser Art müssen in das Handelsregister eingetragen werden.** Es ist dabei auf Art. 210 und 212 Bezug genommen. Hieraus ergibt sich folgendes: § 8.

   a) Der Eintragung muß die Anmeldung vorausgehen. Die Bezugnahme auf Art. 212 ergibt dabei, daß die Anmeldung in gleicher Weise geschehen muß, weil sie dort angeordnet ist, das heißt nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes, sondern bloß von den vertretungsbefugten Vorstandsmitgliedern.

   b) Die Eintragung muß auch erfolgen bei dem Handelsregister der Zweigniederlassung. Siehe hierüber § 9 zu Art. 212. Doch ist hiedurch die Rechtsgültigkeit der Eintragung nicht bedingt.

   c) Die Publikation muß in gleicher Weise erfolgen, wie die des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages. Dies folgt aus Art. 210. Hienach ist im allgemeinen nur eine auszugsweise Publikation notwendig; aber bei denjenigen Punkten, welche bei der Publikation des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages besonders erwähnt sind, müssen auch die Änderungen entsprechend bezeichnet werden, also nicht bloß, daß Änderungen erfolgt sind, sondern auch welche.

5. (Abs. 3.) **Der Beschluß hat ohne Eintragung keine rechtliche Wirkung,** und zwar nach außen und nach innen (RG. 24, S. 58; AblCl. 458 und 1590; Ring, Anm. 5; Förtsch, Anm. 7 zu Art. 180 f). Die Gesellschaft lebt bis zur Eintragung nach der bisherigen Gesellschaftsregel, von der Eintragung ab nach der geänderten. Die Generalversammlung kann nun allerdings zugleich mit Statutenänderungsbeschlüssen ausführende Beschlüsse fassen, welche die Eintragung des Gesellschaftsvertrages zur Voraussetzung haben und mit dieser Eintragung Gültigkeit erlangen, wie z. B. die Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder bis zu der durch den Statutenänderungsbeschluß erhöhten Ziffer. Vom RG. 24, S. 58 ist dies dahingestellt gelassen, in der deutschen Registerpraxis aber angenommen worden, z. B. bei Ausgabe von Prioritätsaktien, die durch dieselbe Generalversammlung für zulässig erklärt und für den Fall der Eintragung dieses Beschlusses geschaffen werden. Die Zulässigkeit derartiger bedingter Beschlüsse ist hier ebenso anzunehmen, wie es auch zulässig ist, daß die anderen Organe der Gesellschaft analog bedingte Beschlüsse fassen. Z. B. wenn der Aufsichtsrat unmittelbar nach dem Statutenänderungsbeschlusse, durch welchen die Zahl der Vorstandsmitglieder auf zwei erhöht wird, das zweite § 9.

Digitized by Google

Mitglied bestellt. Funktionieren kann dieses erst von der Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses an, von da ab ist die Bestellung erst unbedingt wirksam; aber gültig, wenn auch nur bedingt wirksam, war die Bestellung sofort. Die Generalversammlung ist ja auch nur ein Verwaltungsorgan der Gesellschaft, wenn auch das oberste. Aber immer ist dabei festzuhalten, daß die ausführenden Beschlüsse erst mit der Gültigkeit des Hauptbeschlusses gültig werden, daß also ein in dieser Weise eventuell geschaffenes Gesellschaftsorgan bis zur Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses nicht existiert, also nicht funktionieren kann. Faßt es dennoch Beschlüsse, so sind sie eo ipso ungültig und können auch nicht konvaleszieren durch Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses (RG. 24, S. 58). Ein anderes Beispiel wäre, wenn die Generalversammlung in Abänderung der Statuten beschlösse, daß fortan nicht mehr zwei, sondern nur ein Vorstandsmitglied die Gesellschaft vertreten soll, und in Verbindung hiemit das eine fortan allein vertretungsberechtigte Mitglied bezeichnete. Dessen alleinige Vertretungsbefugnis beginnt in solchem Falle erst mit der Eintragung des Hauptbeschlusses. Rechtsakte, die es in der Zwischenzeit allein vornimmt, sind für die Gesellschaft nicht verbindlich und müssen, um verbindlich zu werden, von neuem geschlossen werden, nachdem die Statutenänderung eingetragen ist.

Artikel 215.

Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich gestattet ist.

Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Gesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren aufgelöst werden soll.

Einteilung. Das Gesetz stellt für die Rechtsgültigkeit von zwei bestimmten Statutenänderungsbeschlüssen, durch welche besonders wesentliche Punkte des Gesellschaftsvertrages abgeändert werden sollen, besondere Voraussetzungen auf.

§ 1. 1. **Die besondere Voraussetzung** für die Rechtsgültigkeit dieser Statutenänderungsbeschlüsse besteht darin, daß zur Fassung derselben ein Mehrheitsbeschluß nicht genügt. Ob ein einstimmiger Beschluß sämtlicher Aktionäre notwendig ist oder ob schon ein einstimmiger Beschluß der zur Generalversammlung einberufenen und dort erschienenen Aktionäre, an welchen die ausgebliebenen, aber ordnungsmäßig geladenen Aktionäre gebunden sind, genügt, ist im Gesetze nicht deutlich gesagt. Die letzterwähnte Ansicht ist zutreffend. Hiefür spricht insbesondere die Stellung des Art. 215 (ausführliche Begründung bei Hahn, §§ 2 und 3 zu Art. 215; zustimmend Lehmann II., S. 472; Pollitzer, S. 269; so auch § 50, Abs. 3 GmbHG.; dagegen Anschütz-Völderndorff II., S. 494, und anscheinend Canstein I., S. 558 [vergl. aber ebd. S. 579]).[1] Die Bestimmung des Gesetzes, daß zur Fassung der hier hervorgehobenen Statutenänderungsbeschlüsse ein Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung nicht genügt, ist

[1] Die Aktiennovelle vom Jahre 1884 sieht bei den in Art. 215 genannten Beschlüssen sogar von dem Erfordernisse der Stimmeneinhelligkeit der in der Generalversammlung erschienenen Aktionäre ab und begnügt sich mit einer qualifizierten Majorität. Ebenso § 275, Abs. 2, d. HGB. in Ansehung der Änderung des Gegenstandes des Unternehmens.

Digitized by Google

keine zwingende. Das Statut kann auch für die hierbezeichneten Fälle einen Majoritätsbeschluß für genügend erklären. Ist jedoch eine solche Statutenbestimmung nicht schon im ursprünglichen Statute enthalten, so könnte sie später nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses der in der Generalversammlung erschienenen Aktionäre erlassen werden; andernfalls könnte die Bestimmung des Art. 215 ohneweiters umgangen werden (ROHG. 20, Nr. 14; vergl. § 5 zu Art. 214).

2. **Die Statutenänderungen, die nur auf Grund eines einstimmigen Beschlusses der Generalversammlung erfolgen können:** § 2.

a) **Der Beschluß auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens.** Was als Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens zu betrachten ist, ergibt sich durch Auslegung der Statuten. Dem Reichsgericht (3, S. 128) ist nicht beizutreten, wenn es in der vollständigen Überlassung des als Gegenstand des Unternehmens bezeichneten Eisenbahnbetriebes an einen anderen gegen vertragliche Zusicherung einer festen Rente eine Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens nicht erblickt. Der Gegenstand des Unternehmens bestand in jenem Falle in dem Betriebe für eigene Rechnung und mag auch in zeitweisem, pachtweisem Überlassen des Betriebes an eine andere Person dieser Gegenstand nicht abgeändert werden, so ist das sicherlich der Fall, wenn die Einkünfte der Gesellschaft fortan nicht mehr erzielt werden sollen durch den Betrieb für eigene Rechnung, sondern durch den Bezug einer vertraglich ausbedungenen festen Rente, die doch von dem Gegenkontrahenten gewährt werden muß, gleichviel, ob er den Betrieb fortsetzt oder nicht (anders RG. 3, S. 128; übereinstimmend mit uns Lehmann-Ring I., S. 459; Sachs in GZ. 29, S. 41 ff.; vergl. auch OLG. Stuttgart bei GZ. 40, S. 474); zu erwähnen ist, daß ein Beschluß der genannten Art nicht etwa die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Im übrigen ist nicht die tatsächliche Aufgabe des bisherigen Betriebes oder eines Betriebszweiges als Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens im Sinne dieses Artikels zu betrachten, sondern eine Transaktion, durch welche der betreffende Betrieb für die Folgezeit der Gesellschaft tatsächlich oder rechtlich unmöglich wird (vergl. Sachs a. a. O., S. 42; Lehmann II., S. 474). Auch der Bau einer neuen Zweigstrecke seitens einer Eisenbahngesellschaft kann nicht als eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens angesehen werden (anders OGH., 5. Okt. 1905, ZBl. 1906, Nr. 19). Ebenso ist es keine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens, wenn einer Kreditbank, die nach dem Statute Immobilien belehnen darf, das Recht erteilt wird, behufs Abwicklung eines bestimmten Geschäftes Pfandbriefe auszugeben (Budwinski 3388). Bereits der Beschluß auf Einleitung von Vorkehrungen, die zu einer Änderung des statutengewissen Gegenstandes des Unternehmens führen, ist als ein Beschluß auf Statutenänderung anzusehen (OGH., 5. Okt. 1905, ZBl. 1906, Nr. 19; den nicht ganz klar abgefaßten Gründen scheint die Unterscheidung zwischen Eintragung des Beschlusses auf Änderung des Unternehmens und Eintragung des Beschlusses auf Abänderung des Statutentextes — Art. 209, Z. 2 — nach vollzogener Änderung zu Grunde zu liegen; vergl. § 5 im I. Exkurse zu diesem Artikel).

Verschieden von dem Beschlusse auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens ist der Beschluß auf Änderung der Assozia-

Digitized by Google

tionsform, die in §§ 97 ff. GmbHG. geregelte Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diese kann mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern nicht das Statut für den Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft eine qualifizierte Majorität verlangt (§ 4 zu Art. 242); der einzelne Aktionär kann allerdings nicht verhalten werden, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung beizutreten. Der Konstruktion, von der das Gesetz bei der Regelung der Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgeht, wäre es eigentlich entsprechend, den Umwandlungsbeschluß als einen Statutenänderungsbeschluß anzusehen. Das Gesetz geht jedoch offenbar von einer anderen Auffassung aus: es zerlegt die Änderung der Gesellschaftsform gedankenmäßig in zwei Beschlüsse, in einen Beschluß auf Auflösung der Aktiengesellschaft und einen Beschluß auf Gründung der das Rechtssubjekt der aufgelösten Aktiengesellschaft fortsetzende Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Der Beschluß auf Umwandlung bedarf daher zu seiner Gültigkeit nicht der staatlichen Genehmigung, es wäre denn, daß die Dauer der Aktiengesellschaft nach dem Statute auf eine bestimmte im Zeitpunkte des Umwandlungsbeschlusses noch nicht abgelaufene Zeit beschränkt ist (vergl. § 3 zu Art. 242). Auf anderem Gebiete liegt die Frage, ob für die Entstehung der aus der Aktiengesellschaft gebildeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung staatliche Genehmigung notwendig ist (vergl. hiezu Škerlj, N. 3 zu § 98).

§ 3. b) **Der Beschluß auf Fusion.** Das ist der Beschluß einer Aktiengesellschaft auf Auflösung derselben durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren (vergl. Erläuterung zu Art. 247).

Exkurse zu Artikel 215.

1. Über Grundkapitalserhöhung.

Einleitung. **Die Grundkapitalserhöhung** ist im Handelsgesetzbuche nicht erwähnt; dieselbe ist jedoch zweifellos gestattet. Juristisch ist die Grundkapitalserhöhung als eine teilweise Neugründung anzusehen; daher finden auf dieselbe grundsätzlich die Vorschriften über die Gründung der Aktiengesellschaften, soweit nicht aus der Natur der Sache sich Abweichungen ergeben, Anwendung (Lehmann II., S. 448; Nissen in GZ. XIX., S. 353; Wiener in GZ. XXIV., S. 490).

§ 1. 1. **Das Wesen der Grundkapitalserhöhung** besteht darin, daß die Grundkapitalsziffer im Statute, also die Ziffer, die angibt, bis zu welchem Betrage Aktiva der Gesellschaft für die Gläubiger zu reservieren und von der Beteilung an die Aktionäre ausgeschlossen sind, erhöht wird. Da die statutenmäßige Grundkapitalsziffer gleich ist der Summe der Nennwerte der einzelnen Aktien, so kann eine Erhöhung nur erfolgen, wenn entweder der Nennwert der einzelnen Aktien oder die Zahl der Aktien erhöht wird. Das geltende Handelsgesetzbuch enthält keine Bestimmung, woraus man auf die Unzulässigkeit der ersten Art der Grundkapitalserhöhung schließen könnte. Auch das Aktienregulativ setzt die Zulässigkeit beider Arten der Kapitalserhöhung voraus (vergl. § 31, Abs. 2 A. Reg.; Rehm, S. 39). Die Grundkapitalserhöhung ist zwar in der Regel, aber nicht notwendig mit einer Vermehrung des Gesellschaftsvermögens verbunden; z. B. dann nicht, wenn ein aus Gewinnbeträgen angesammelter Reservefonds dazu verwendet wird, um jedem Aktionär eine Aktie zuzuteilen (Lehmann II.,

Digitized by Google

S. 444). Diesen Fall übersieht Rehm (S. 384) offenbar, wenn er behauptet, daß die Erhöhung des Grundkapitals stets eine Vermehrung der Gesellschaftsaktiven mit sich führt. Andrerseits ist eine Vermehrung der Gesellschaftsaktien z. B. durch Aufnahme von Anlehen, durch freiwillige Zuschüsse seitens der Aktionäre, wenn nicht gleichzeitig einer der die Grundkapitalsziffer bildenden Faktoren geändert wird, keine Grundkapitalserhöhung (Nissen a. a. O., S. 353).

2. **Die Grundkapitalserhöhung ist stets eine Statutenänderung**, da ja die Angabe der Grundkapitalsziffer einen Teil des Inhaltes des Statutes bildet. Es ist daher wie bei jeder Statutenänderung staatliche Genehmigung und Registrierung des bezüglichen Beschlusses notwendig (Art. 214). Die staatliche Genehmigung und Eintragung des Beschlusses ist aber, da es sich um eine partielle Neugründung handelt, von der Beobachtung jener Bestimmungen abhängig, die das Gesetz für die Neugründung der Gesellschaft verlangt. Soweit daher das Gesetz für die Eintragung der zu gründenden Gesellschaft volle Zeichnung des Aktienkapitals und Bezahlung der ganzen Aktienbeträge oder eines Teiles derselben verlangt, müßte dieser Voraussetzung vor der staatlichen Genehmigung und Eintragung des Erhöhungsbeschlusses in der Weise entsprochen sein, daß die neu zu emittierenden Aktien gezeichnet und die auf dieselben zu zahlenden Beträge ganz oder zum Teile eingezahlt sind. Freilich hat dieser Rechtssatz für das geltende Handelsrecht keine unmittelbare Bedeutung, da dasselbe auch bei der Gründung der Aktiengesellschaft weder volle Zeichnung noch Einzahlung der Aktienbeträge verlangt (vergl. § 9 zu Art. 210). Der ausgesprochene Rechtssatz hat aber insofern auch für unser Recht eine praktische Bedeutung, als die staatliche Verwaltungsbehörde, wenn sie die Erfüllung der genannten Voraussetzungen bei Erteilung der Genehmigung der Gesellschaft verlangt, sofern sie konsequent vorgeht, die Erfüllung dieser Voraussetzungen im selben Maße verlangen muß, bevor sie dem Erhöhungsbeschlusse die Genehmigung erteilt, und in dieser Weise geht die Verwaltungsbehörde auch wirklich vor. Keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Erhöhung des Grundkapitals ist die volle Zahlung des alten Grundkapitals (Lehmann II., S. 454; Randa II., S. 167; anders § 278 d. HGB.). Auch das Aktienregulativ stellt als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Grundkapitalserhöhung nicht allgemein die volle Zahlung des Grundkapitals auf, sondern bloß für den Fall, daß die Erhöhung durch Ausgabe neuer Aktien erfolgt (§ 31, Abs. 1).[2]) Trotz dieser Bestimmungen steht es der Verwaltungsbehörde natürlich frei, dem Erhöhungsbeschlusse die staatliche Genehmigung zu erteilen, wenn die noch rückständigen Aktienbeträge ganz unbedeutend sind (vergl. § 278 d. HGB.). Bei der Erhöhung des Grundkapitals erfolgen in der Regel zwei Beschlüsse: der Beschluß, das Grundkapital erhöhen zu wollen, und der Beschluß, das Grundkapital zu erhöhen. **§ 2.**

a) **Der Beschluß, das Grundkapital erhöhen zu wollen**, bringt bloß eine Absicht der Gesellschaft zum Ausdrucke, eine rechtliche Bedeutung kommt diesem Beschlusse erst dann zu, wenn — wie es in der Regel geschieht — gleichzeitig über die Modalitäten der beabsichtigten Erhöhung des Grund- **§ 3.**

[2]) Die wirtschaftlichen Erwägungen, welche die verschiedenen Gesetzgebungen veranlaßt haben, die Zulässigkeit der Ausgabe neuer Aktien davon abhängig zu machen, daß die alten Aktien voll einbezahlt sind, treffen auch tatsächlich für den anderen Fall der Erhöhung des Grundkapitals, nämlich durch Erhöhung des Nennbetrages der alten Aktien nicht im selben Maße zu (Motive zum Aktiengesetze von 1884, S. 202).

Digitized by Google

kapitals beschlossen wird und die Organe der Gesellschaft zur Vornahme der zur Erhöhung notwendigen Maßregeln, insbesondere zur Anwerbung und Entgegennahme von Zeichnungen ermächtigt werden. Ein solcher Generalversammlungsbeschluß enthält jedenfalls keine Statutenänderung in betreff der Grundkapitalsziffer (Nissen a. a. O.; Behrend, § 136, Anm. 9). Aber er enthält eine Statutenänderung in anderer Richtung, indem er nämlich den statuierten Wirkungskreis der Gesellschaft und damit auch den Wirkungskreis der gesellschaftlichen Organe erweitert, wenigstens mit der Wirkung nach innen.[3])

Diese sind jetzt gegenüber der Gesellschaft berechtigt, die zur Durchführung der beabsichtigten Erhöhung des Grundkapitals notwendigen Maßregeln vorzunehmen. Daher unterliegt ein solcher Beschluß der Generalversammlung auch der staatlichen Genehmigung und Eintragung ins Handelsregister (Nissen a. a. O.). Bloß dann liegt in einem solchen Beschlusse keine Statutenänderung, wenn die Erhöhung des Grundkapitals bereits im Urstatute vorbehalten war und die Generalversammlung oder infolge einer im Urstatute enthaltenen Ermächtigung der Aufsichtsrat oder Vorstand beschließt, von diesem Vorbehalte Gebrauch zu machen. In diesem Falle liegt ein bloßes Internum, aber keine Statutenänderung vor (Nissen a. a. O.; zust. Lehmann II., S. 449).

§ 4. b) **Erst der Beschluß auf Erhöhung des Grundkapitals selbst** bewirkt die Änderung des Statuts in Betreff der Grundkapitalsziffer. Bei der staatlichen Genehmigung und Eintragung ins Register kommt der Beschluß, das Grundkapital erhöhen zu wollen, nur insofern in Betracht, als aus demselben auf die Gesetz- und Statutenmäßigkeit des zweiten Beschlusses geschlossen werden kann (Nissen a. a. O.). Zur Fassung des Beschlusses genügt im allgemeinen Stimmenmehrheit. (Dies ist allerdings nicht unbestritten; vergl. die Ausführungen bei § 3 zu Art. 214; Lehmann II., S. 251, und Bachmann, S. 71.)

Das Statut kann jedoch für die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses besondere Voraussetzungen (Anwesenheit eines bestimmten Teiles der Aktionäre, besonders qualifizierte Mehrheit) aufstellen. Nach § 48 A. Reg. muß das Statut derartige Voraussetzungen für die Wirksamkeit aller Beschlüsse auf Statutenänderung aufstellen. Wenn daher das Statut unter Beobachtung dieser Vorschrift abgefaßt ist, so ist von der Erfüllung dieser Voraussetzung auch die Wirksamkeit des Beschlusses auf Erhöhung des Grundkapitals abhängig. Über die besonderen Voraussetzungen beim Vorhandensein mehrerer Gattungen von Aktien siehe § 3 im zweiten Exkurse zu diesem Artikel.

Der Beschluß auf Erhöhung des Grundkapitals ist erst wirksam, wenn er staatlich genehmigt und ins Handelsregister eingetragen ist (AdlCl. 2301).

So wie bei jeder Gründung einer Aktiengesellschaft kann auch demgemäß als Voraussetzung für die Eintragung des Beschlusses auf Erhöhung des Grundkapitals nicht gefordert werden, daß die neu zu

[3]) Nach Nissen a. a. O. auch mit der Wirksamkeit nach außen; nach dessen Ansicht wäre die Handlung der Gesellschaftsorgane, welche Maßregeln zum Zwecke der Grundkapitalserhöhung enthält, für die Gesellschaft solange unverbindlich, als nicht im Wege eines Beschlusses auf Statutenänderung den Gesellschaftsorganen die Ermächtigung zur Vornahme dieser Maßregeln erteilt wurde. Wir können allerdings mit Rücksicht auf unsere bei § 4 zu Art. 231 entwickelte Ansicht diesen Ausführungen Nissens nicht beipflichten.

Digitized by Google

emittierenden Aktien gezeichnet und ganz oder zum Teile eingezahlt sind (AdlCl. 1364). Wo immer in der deutschen Literatur, soweit sie den durch die Aktiennovelle vom Jahre 1870 geänderten Text des Handelsgesetzbuches zum Gegenstande hat, diese Frage anders entschieden wurde (vergl. insbesondere Nissen a. a. O.), wird die Entscheidung immer damit begründet, daß die für die Gründung der Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen, daß nämlich die volle Zeichnung und teilweise Eintragung der Aktien Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft sind, auch für die Erhöhung des Grundkapitals als eine partielle Neugründung Anwendung finden. Wenn freilich nach dem Inhalte des Beschlusses auf Erhöhung des Grundkapitals die beschlossene Erhöhung davon abhängig gemacht erscheint, daß die neu zu emittierenden Aktien vollkommen gezeichnet und teilweise eingezahlt sein müssen, dann wird der Registerrichter den Nachweis des Eintrittes dieser Voraussetzungen vor Eintragung des Beschlusses auf Erhöhung fordern müssen (vergl. § 9 zu Art. 210). Auch kann die Verwaltungsbehörde von der Erfüllung derartiger Voraussetzungen die Erteilung der Genehmigung des Erhöhungsbeschlusses abhängig machen. Dies ist auch nach dem Aktienregulativ der Fall, welches für den Fall, als die Erhöhung des Grundkapitals durch Emission von bar einzuzahlenden Aktien erfolgen soll, den Nachweis der Vollzeichnung des Betrages, um welchen die Erhöhung erfolgen soll, und den Nachweis, daß die neu zu emittierenden Aktien bereits bezahlt sind, verlangt (§ 16, Abs. 6). Der Nachweis ist auf dieselbe Art zu erbringen wie der gleiche Nachweis vor Erteilung der staatlichen Genehmigung zur Errichtung der Gesellschaft (vergl. § 9 zu Art. 210).

c) **Die Fassung von zwei Beschlüssen ist zwar der Regelfall, aber nicht unbedingt notwendig.** So genügt ein Beschluß, wenn es keiner weiteren Maßregeln zur Durchführung der beabsichtigten Kapitalserhöhung bedarf; wenn z. B. in der Generalversammlung, die den Beschluß faßt, das Grundkapital erhöhen zu wollen, sofort alle Zeichnungen auf die neu zu emittierenden Aktien bewirkt werden oder solche Zeichnungen überhaupt nicht notwendig sind, z. B. wenn ein aus Gewinnbeträgen angehäufter Fonds dazu verwendet werden soll, die Deckung für den erhöhten Nominalbetrag der alten Aktien zu bilden (vergl. Thöl, S. 511). Es kann aber auch so geschehen, daß der Beschluß, das Grundkapital erhöhen zu wollen, gleichzeitig den Beschluß enthält, das Grundkapital zu erhöhen, jedoch unter der Bedingung, daß das Zusatzkapital aufgebracht wird. In diesem Falle liegt eine bedingte Statutenänderung vor. Der Beschluß auf Vornahme derselben ist ins Handelsregister einzutragen, erlangt aber erst Wirksamkeit, wenn die Bedingungen eingetreten sind (Lehmann II., S. 450). Die beschlossene Statutenänderung kann aber auch dadurch zu einer bedingten werden, daß die Verwaltungsbehörde deren Genehmigung nur unter dem Vorbehalte erteilt, daß die Durchführung dieses Beschlusses in der von ihr vorgezeichneten Weise erfolgt. Das ist im wesentlichen der Standpunkt des Aktienregulativs. Das Aktienregulativ (§ 16) unterscheidet zwischen der Genehmigung zu dem Beschlusse auf Erhöhung des Grundkapitals und zur Durchführung dieses Beschlusses und der Genehmigung der Änderung des Statutentextes nach vollzogener Durchführung des genehmigten Beschlusses auf Erhöhung des Grundkapitals. Die Voraussetzungen für die Genehmigung des Be- § 5.

Digitized by Google

schlusses auf Erhöhung des Grundkapitals sind im § 16, Abs. 2, aufgezählt.

Daß dieser Beschluß vom Aktienregulativ bereits als eine bedingte Statutenänderung in Betreff der Grundkapitalsziffer aufgefaßt wird, ergibt sich aus dem Wortlaute des § 16, Abs. 1, wo Art. 209, Z. 4, zitiert wird. Nach § 16, Abs. 4 A. Reg. ist der genehmigte Beschluß auf Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister anzumelden. Diese Bestimmung ist eigentlich bedeutungslos. Denn, enthält der Beschluß, wie wir es voraussetzen, eine bedingte Statutenänderung, so muß er schon nach dem Gesetze zum Handelsregister angemeldet werden. Wäre dies nicht der Fall, so könnte auch das Aktienregulativ eine nach dem Gesetze nicht notwendige und daher nicht zulässige Eintragung ins Handelsregister nicht anordnen. Die dem Aktienregulativ entsprechende Durchführung des Beschlusses auf Erhöhung des Grundkapitals ist die Bedingung, wovon die Wirksamkeit der erteilten staatlichen Genehmigung und damit auch des Beschlusses selbst abhängt. Mit der Erfüllung dieser Bedingung erlangt der genehmigte und eingetragene Beschluß auf Statutenänderung ipso jure Wirksamkeit; die im Aktienregulativ vorgeschriebene Vorlage des geänderten Statutentextes zur Genehmigung hat bloß eine deklarative Bedeutung und den Zweck, daß sich die Verwaltungsbehörde wirklich überzeugen kann, daß die Bedingungen, unter denen die staatliche Genehmigung erteilt wurde, eingehalten sind. Eine Eintragung des geänderten Statutentextes nach staatlicher Genehmigung dieser Textänderung ist nicht erforderlich; anders, wenn die Erhöhung des Grundkapitals bereits in dem genehmigten Urstatute vorgesehen ist: dann bedarf es nach dem Aktienregulativ nur einer Änderung des Statutentextes nach durchgeführter Kapitalserhöhung. Diese Änderung ist durch die Generalversammlung zu beschließen und der Beschluß nach staatlicher Genehmigung ins Handelsregister einzutragen. Denn vorher liegt ja ein Beschluß auf Grundkapitalserhöhung, wie sie das Urstatut vorsieht, nicht vor. (So auch AdlCl. 2301; vergl. auch Randa II., S. 58.)

§ 6. 3. **Für die Zeichnung der neu emittierten Aktien** gilt im allgemeinen das, was bei Art. 208/III ausgeführt wurde. Das Mitgliedschaftsrecht des Zeichners und seine Verpflichtung zur Zahlung des gezeichneten Betrages entsteht erst, wenn der Erhöhungsbeschluß rechtswirksam geworden ist (AdlCl. 2301; Nissen a. a. O., S. 367). Etwas Besonderes gilt aber hier in Betreff des Zeitpunktes, in welchem der Zeichner gegen die Gesellschaft ein unentziehbares Recht auf Mitgliedschaft entsteht. Jedenfalls entsteht dieses Recht durch dieselben Handlungen wie bei der Neugründung (vergl. § 32 zu Art. 208). Es kann aber auch außer den dort erwähnten Handlungen schon die bloße Annahme der Zeichnung durch die Organe der Gesellschaft ein solches Recht für den Zeichner, beziehungsweise das Recht auf Schadenersatz begründen, wenn die beabsichtigte Grundkapitalserhöhung nicht rechtswirksam zu stande kommt. Es steht wenigstens vom aktienrechtlichen Standpunkte einer solchen bindenden Annahme nichts entgegen, da ja hier zum Unterschiede von der Neugründung der Zeichner einer bereits existierenden Aktiengesellschaft gegenübersteht (Lehmann I., S. 340; Nissen a. a. O.). Ob im einzelnen Falle wirklich eine bindende Annahme vorliegt mit der Wirkung, daß die Gesellschaft den Zeichner, ohne sich einer Schadenersatzpflicht auszusetzen, nicht mehr zurückweisen kann, ist quaestio facti (vergl. Lehmann I., S. 340, in Verbindung mit S. 356).

Digitized by Google

Die Erfordernisse der Zeichnungserklärung sind bei der neuen Emission keine anderen als bei der Neugründung. Das Aktienregulativ setzt den Inhalt der Zeichnungserklärung bei der neuen Emission von Aktien im § 16, Abs. 6, Z. 2, fest.

4. **Die neu zu emittierenden Aktien können erst ausgegeben werden, bis der Beschluß auf Erhöhung des Grundkapitals rechtswirksam geworden,** also staatlich genehmigt und ins Handelsregister eingetragen ist. Dies ergibt sich daraus, daß auch bei der Neugründung der Aktiengesellschaft vor staatlicher Genehmigung und Eintragung der Gesellschaft keine gültigen Aktien ausgegeben werden können (vergl. § 9 zu Art. 211; AblEl. 2301; Nissen a. a. O.; Thöl, S. 511). Diese neuen Aktien dürfen ebenso wie bei der Neugründung nicht unter pari ausgegeben werden (vergl. Lehmann I., S. 458 und § 1 zu Art. 222). § 31, Abs. 2, A. Reg. verlangt sogar die Aufnahme derartiger Bestimmungen ins Statut. Allerdings läßt sich nicht leugnen, daß die wirtschaftlichen Gründe, die für die Unzulässigkeit der Emission unter pari bei der Neugründung ins Feld geführt werden, für die Neuemission weniger bedeutend sind, und daß gerade wirtschaftliche Bedenken gegen das Verbot der Unterpari-Emission bei Neuemissionen sprechen.[4]) § 7.

Das Gesetz gewährt jedoch keine Anhaltspunkte, hierin eine Unterscheidung zu machen, und wer sich für die Unzulässigkeit der Unterpari-Emission bei der Neugründung ausspricht, muß das Gleiche hinsichtlich der Neuemission behaupten. Die Überpari-Emission ist zweifellos gestattet. Nach § 31, Abs. 2, A. Reg. muß das Statut bestimmen, daß die Festsetzung des Begebungskurses bei Neuemissionen der Generalversammlung vorzubehalten ist. Nach dem Gesetze wäre dies nicht notwendig. Dem Gesetze genügt, es, wenn der Beschluß, wodurch die Grundkapitalserhöhung beschlossen wird, lediglich die Höhe des Betrages, um welchen das Grundkapital erhöht werden soll, sowie den Nennbetrag der neu zu schaffenden oder hinsichtlich des Nennwertes zu erhöhenden Aktien enthält (Lehmann II., S. 457). Alles übrige kann nach dem Gesetze den Gesellschaftsorganen überlassen werden. Nicht ausgeschlossen ist aber durch die angeführte Bestimmung des Aktienregulativs, daß die Generalversammlung den Begebungskurs lediglich durch Angabe eines Mindestbetrages, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen darf, festsetzt (vergl. § 278, Abs. 3, d. HGB.). Der Generalversammlung ist nicht bloß die Festsetzung des Begebungskurses, sondern auch die Beschlußfassung über die Modalitäten der Begebung der neu zu emittierenden Aktien nach dem Aktienregulativ vorzubehalten. Hiebei ist an die Schaffung von Bezugsrechten, an die Bestimmung, ob die neuen Aktien auf Namen oder Inhaber lauten sollen, an die Bestimmung des Zeitpunktes, von dem an die emittierten Aktien an der Jahresdividende teilnehmen sollen[5]), usw. gedacht. Alles dies könnte nach dem Gesetze auch der Aufsichtsrat oder Vorstand bestimmen. Über Sacheinlagen bei Neuemissionen vergl. § 17 im Zusatze zu Art. 208 bis 210.

[4]) Trotz aller dieser Bedenken (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 205) wurde das Verbot der Unterpari-Emission bei der Neuemission doch in die Aktiennovelle vom Jahre 1884 und auch in das deutsche Handelsgesetzbuch hinübergenommen.

[5]) Wenn nichts Besonderes darüber bestimmt ist, so nehmen sie an der Dividende des ganzen laufenden Geschäftsjahres teil (anders Behrend, § 133, Anm. 10; Ring, S. 396 — am Jahresgewinne pro rata). Es ist aber die Bestimmung zulässig, daß die neuen Aktien erst von einem späteren Zeitpunkte ab, etwa dem Tage der Ausgabe, partizipieren.

Digitized by Google

§ 8. 5. **Ein Bezugsrecht auf neu zu emittierende Aktien** steht nach dem Gesetze den Stammaktionären nicht zu (AdlCl. 2137 und 2138; anders nach § 282 d. HGB.).[6])

Jedoch kann in dem ursprünglichen oder dem abgeänderten Statute ein solches Bezugsrecht allen oder einzelnen Stammaktionären zugesichert werden. Auch das Aktienregulativ gestattet dies (§ 31, Abs. 4). In diesem Falle entsteht ein mitgliedschaftliches Sonderrecht, das den berechtigten Aktionären ohne deren Zustimmung nicht entzogen werden kann (Lehmann II., S. 462). Es kann aber auch dritten Personen, insbesondere den Gründern (ROHG. 17, S. 147) ein solches Bezugsrecht als ein Gläubigerrecht eingeräumt werden, und zwar sowohl vor als nach erfolgter Erhöhung des Grundkapitals, und zwar sowohl durch den Vorstand als auch durch Generalversammlungsbeschluß (Lehmann a. a. O.; teilweise dagegen Mayer, Der Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, GZ. 1900, S. 415).[7]) Wird die betreffende Vereinbarung vor Entstehung der Gesellschaft getroffen, so ist sie gegen die entstandene Gesellschaft nur wirksam, wenn ihr Inhalt in das Statut aufgenommen ist (vergl. § 7 zu Art. 211). Auf diese Weise kann die Gesellschaft bereits mit der im Statute ausgesprochenen Verpflichtung entstehen, bei der Neuemission von Aktien bestimmten Personen ein Bezugsrecht zu gewähren (vergl. die angeführten Entscheidungen des OGH.).

Vor Fassung des Erhöhungsbeschlusses eingeräumte Bezugsrechte auf neu zu emittierende Aktien sind aber bedenklich, weil sie der Gesellschaft in Bezug auf die Wahl ihrer neuen Mitglieder ihre Hände binden. Daher erklärt auch § 283, Abs. 2, d. HGB. die Zusicherung eines Bezugsrechtes vor Beschlußfassung über die Erhöhung des Grundkapitals als der Gesellschaft gegenüber für unwirksam. Das Aktienregulativ als bloße Verordnung kann die zivilrechtlichen Wirkungen der Zusicherung solcher Bezugsquellen nicht hindern; es könnte bloß verhindern, daß die Gesellschaft schon mit einem solchen Bezugsrechte belastet ins Leben tritt, indem es einem Statute, welches ein solches Bezugsrecht anderen Personen als den jeweiligen Aktionären gewährt, die Versagung der Genehmigung in Aussicht stellt (§ 31, Abs. 4). Diese Bestimmung bezieht sich nicht bloß auf Bezugsrechte von Personen, die zur Zeit der Entstehung der Gesellschaft überhaupt nicht Mitglieder derselben sind, sondern auch auf Bezugsrechte zugunsten von Aktionären, wenn das Bezugsrecht nicht dem Aktionär als solchem, also nicht mit Rücksicht auf seinen Aktienbesitz gewährt ist.

2. Über Prioritätsaktien.

Einleitung. **Prioritätsaktien** sind Aktien, die gegenüber anderen Aktien mit Vorteilen ausgestattet sind. Durch die Schaffung von Aktien, die mit verschiedenen Rechten ausgestattet sind, entstehen verschiedene Aktiengattungen (vergl. § 7 zu Art. 209). Der Aktienverkehr hat das Institut der Prioritätsaktien aus sich heraus geschaffen.

---

[6]) De lege ferenda läßt sich ein solches Bezugsrecht der Stammaktionäre auf neu zu emittierende Aktien wohl befürworten (vergl. auch § 52, Abs. 3, GmbHG). Der Fragebogen (Nr. 29) wirft die Frage auf, ob ein solches Bezugsrecht gesetzlich auszusprechen sei. Das Gutachten der Wiener Börsekammer und des niederösterreichischen Gewerbevereines hat sich für die gesetzliche Einräumung eines solchen Bezugsrechtes ausgesprochen. (Dagegen das Gutachten der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer.)

[7]) Seine entgegengesetzte Ansicht stützt Felix Mayer hauptsächlich auf den Grundsatz, daß die Generalversammlung nicht Liberalitäten beschließen könne; hierüber vergl. unten Ausführungen bei § 2 zu Art. 224.

Digitized by Google

Im Gesetze ist diese Materie nicht geregelt. Da Prioritätsaktien in der Regel bei Erhöhung des Grundkapitals geschaffen werden und auch der Sprachgebrauch, der herkömmlich zwischen Stamm- und Prioritätsaktien unterscheidet, hiebei nur diesen Fall im Auge hat, so soll die Erörterung dieser Materie an dieser Stelle erfolgen.

Das Aktienregulativ (§ 26) hat die Materie insofern geregelt, als es einer Bestimmung des Statutes, wodurch Aktien verschiedener Gattung geschaffen werden, grundsätzlich die staatliche Genehmigung in Aussicht stellt (§ 26, Abs. 1), und für den Fall, daß das Vorrecht einer Aktiengattung in einem Vorzugsrechte am Reingewinne[8]) bestehen soll, für den Umfang dieser Vorrechte gewisse Schranken setzt und die Zahl der Prioritätsaktien begrenzt (§ 26, Abs. 2).

a) **Die Verschiedenheit der Rechte der einzelnen Gattungen von Aktien ist eine Ausnahme**, muß daher im Statute festgesetzt sein (Lehmann II., S. 194). Das muß, damit die Statutenbestimmung gültig sei, in ganz spezieller Weise geschehen: die Verschiedenheit der Rechte muß klar ersichtlich sein. Selbstverständlich ist hienach, daß bloße Verwaltungshandlung zur Kreierung von verschiedenen Aktiengattungen nicht ausreicht. Kein Zweifel besteht, daß jene Statutenbestimmung sowohl im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage als auch im abgeänderten Gesellschaftsvertrage geschehen kann (zust. Makower, S. 379; Bachmann, S. 198), letzteres z. B. bei der Erhöhung des Aktienkapitals: man stattet die neu auszugebenden Aktien mit Vorzugsrechten aus, um wirksamer zu werben. Nach § 26, Abs. 2, Z. 1, A. Reg. darf die Gesamtsumme des Nennbetrages derjenigen Prioritätsaktien, deren Vorrecht in einem Vorzugsrechte am Reingewinne besteht (nur auf solche Prioritätsaktien bezieht sich die in Rede stehende Beschränkung), nicht mehr als ein Drittel des gesamten Aktienkapitals betragen. **§ 1.**

In neuerer Zeit sind aber vielfach Vorzugsaktien noch auf eine dritte Art geschaffen worden, nämlich ohne Erhöhung des Aktienkapitals, und zwar in der Weise, daß beschlossen wurde, die Inhaber der bisherigen Aktien sollten das Recht haben, durch Zuzahlung eines bestimmten Betrages ihre Stammaktien in Vorzugsaktien umzuwandeln. Unbedenklich ist dies zulässig mit Zustimmung aller Aktionäre.

Ob aber ein Majoritätsbeschluß dieses Inhaltes zulässig ist, ist Gegenstand heftigen Streites.

Für die Zulassung hat sich ausgesprochen das Kammergericht bei Johow 16, S. 19 und bei Holdheim 6, S. 129; das OLG. Hamburg bei Holdheim 1892, S. 17; das sächsische Justizministerium in GZ. 35, S. 240; Ring, Anm. 10 zu Art. 209a; Behrend, § 136, Anm. 3; gegen die Zulassung Petersen und Pechmann, S. 114 und 383; Förtsch, Anm. 6 zu Art. 175a; Alexander, Sonderrechte der Aktionäre, S. 88; Lehmann in Kohler und Rings Archiv 9, S. 365, und im Aktienrecht I., S. 219. Nach deutschem Recht sprechen sich dafür aus Pinner, S. 24, auch Makower, S. 379, Rudorff, S. 130; Kammergericht bei Johow 24, S. 67; RG. 52, S. 287; Staub[8] (Pinner), Anm. zu § 185; dagegen Laband in Deutscher Juristenzeitung 1902, S. 230. Wir müssen uns gegen die Zulässigkeit aussprechen und machen geltend:

[8]) Nur in diesem Falle gebraucht das Aktienregulativ den Ausdruck „Prioritätsaktien" (Rothnagel, S. 133). Das Aktienregulativ hat auf diese Weise einen engeren, mit dem allgemeinen Sprachgebrauche der Theorie und Judikatur nicht ganz übereinstimmenden Begriff der Prioritätsaktien geschaffen.

Digitized by Google

Der Aktionär muß sich allerdings Majoritätsbeschlüsse gefallen lassen, durch welche seine Rechte geschmälert werden. Der Grundsatz der Gleichberechtigung ist daher freilich nicht verletzt. Aber das wird auch von uns nicht behauptet — wie hiemit gegen Ring bemerkt sein mag — und das ist auch nicht unser Bedenken gegen die hier bekämpfte Zulässigkeit der fraglichen Operation. Unser -- von Ring nicht widerlegtes — Bedenken besteht darin, daß der Aktionär sich solche Majoritätsbeschlüsse nicht gefallen zu lassen braucht, durch welche ihm eine Verpflichtung auferlegt wird, insbesondere eine Verpflichtung zur Einlegung von Geld. Seine Verpflichtung zur Einlegung von Kapital erschöpft sich in dem für den Erwerb des Mitgliedsrechtes eingezahlten Betrage (Art. 219). Hier aber wird ihm eine neue solche Verpflichtung auferlegt. Zwar sagt der Beschluß, es stehe ihm frei, zuzuzahlen. Aber das ist keine Freiheit, wenn denjenigen, der von ihr keinen Gebrauch macht, ein schwerer Nachteil trifft. In Wahrheit wird ihm die Verpflichtung auferlegt, nachzuzahlen, wenn auch nicht unter dem Präjudiz der gerichtlichen Erzwingung, so doch unter dem vielleicht noch schwereren Präjudiz, daß er sonst in seinen Rechten geschmälert wird. Schon das Stellen der Alternative ist unzulässiger Zwang.

Die Fälle, in denen im übrigen Vorzugsaktien geschaffen werden, stehen mit diesem Grundsatze nicht im Widerspruch. Wenn bei der Gründung Stamm- und Vorzugsaktien gegen verschiedene Einzahlungen ausgegeben werden, so wird dem Aktionär von vornherein die betreffende Leistung als Teil der Einlage auferlegt und das entspricht dem Art. 219.

Wenn später bei Erhöhung des Aktienkapitals Vorzugsaktien ausgegeben werden, so muß er sich allerdings auch gefallen lassen, daß seine Aktie Trägerin geringerer Rechte wird. Aber das müssen sich gleich ihm alle übrigen Aktionäre gefallen lassen, und zwar glatt und unbedingt, nicht als Folge des Ausbleibens einer Leistung.

Nach alledem erachten wir die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung zwar für zulässig, aber nicht im Wege des Majoritätsbeschlusses. Aus § 53, Abs. 1, Z. 3, A. Reg. ergibt sich, daß das Aktienregulativ die Schaffung von Prioritätsaktien durch Zuzahlungen seitens der Aktionäre für zulässig hält. Es ist aber nicht ersichtlich, wie das Aktienregulativ sich zu der Frage stellt, ob Prioritätsaktien durch Zuzahlungen auch im Wege des Majoritätsbeschlusses geschaffen werden können (Nothnagel, S. 139).

Den wirtschaftlichen Zweck, der durch Schaffung von Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals bezweckt wird, erreichen die Aktiengesellschaften auf andere Weise. Es wird so zu Werke gegangen, daß die Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe von Vorzugsaktien beschlossen und gleichzeitig den bisherigen Aktionären gestattet wird, ihre Aktien zu einem gewissen geringeren Kurse behufs Amortisation derselben in die Gesellschaft einzubringen, das heißt in Zahlung auf Vorzugsaktien zu geben und den Rest bar einzuzahlen. Eine solche Transaktion ist zulässig. Denn hiebei werden ja die Vorschriften über Kapitalserhöhung einerseits und Amortisation andrerseits gewahrt.

§ 2. b) **Welcher Art die Vorzugsrechte sein können**, ist nach allgemeinen aktienrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden. Bloße Verschiedenheit im Nennbetrage der Aktien ist zwar zulässig, begründet aber keine Verschiedenheit der Aktiengattung. Ferner begründet der Unterschied zwischen Inhaber- und Namenaktie

Digitized by Google

keine verschiedene Aktiengattung, sondern eine verschiedene Aktienart (vergl. § 7 zu Art. 209).

Zulässig ist eine Bevorzugung in den Sonderansprüchen auf vermögensrechtliche Leistungen der Gesellschaft: in Bezug auf Zinsen, Dividenden sowie Anteil am Ausschüttungsvermögen. Der Dividendenvorzug besteht häufig darin, daß zunächst den Vorzugsaktien ein bestimmter Prozentsatz zugesichert ist (Vorzugsdividende), der Rest aber den Stammaktien oder beiden Gattungen gleichmäßig zufließen soll. Nach § 26, Abs. 2, Z. 2, A. Reg. darf im Statute das den Prioritätsaktionären gewährte Dividendenvorrecht nicht höher als mit 5 Prozent des Nominalbetrages der Prioritätsaktien bemessen werden. Sehr häufig ist auch das Nachbezugsrecht von Dividenden für Jahre, in denen die Gesellschaft keinen Reingewinn hatte, zugesichert. Die Zahl der Jahre, für welche ein solcher Nachbezug stattfindet, ist nach § 26, Abs. 2, Z. 3, A. Reg. im Statute festzusetzen, und zwar höchstens mit den letzten fünf Geschäftsjahren. Der Charakter der Dividenden geht dadurch nicht verloren, da doch immerhin das Vorhandensein eines Reingewinnes die Voraussetzung des Rechtes ist. Immerhin ist das Nachbezugsrecht kein echter Dividendenanspruch (Ring, Anm. 7 zu Art. 209 a; RG. 15, S. 101). Ob ein solches Nachbezugsrecht anzunehmen ist, entscheidet lediglich die Auslegung (Bekker in GZ. 16, S. 77). Dem Nachbezugsrecht geht der laufende Dividendenschein vor (RG. 9, S. 30). Unter den Nachbezugsrechten verschiedener Jahre wohnt dem älteren ein Vorzugsrecht vor dem jüngeren inne (ROHG. 22, S. 372; dagegen Keyßner in Holtzendorff, Rechtslexikon sub verbo Prioritätsaktie). Über die beiden letzterwähnten Punkte enthält das Aktienregulativ keine Bestimmungen (Grünhut, Das Aktienregulativ). Es ist nicht unzulässig, über die Vorzugsdividende einen besonderen Genußschein auszugeben, der besonders begebbar und mit besonderem Talon und besonderen Dividendenscheinen versehen ist. Aber natürlich ist dieser Genußschein ein Annexum der Aktie, wie ein gewöhnlicher Dividendenschein, und verliert seine rechtliche Existenz mit dem Aufhören des Aktienrechtes (vergl. 2. Exkurs zu Art. 248). Auch eine Ablösung von Vorzugsrechten zum Zwecke der Herstellung der Rechtsgleichheit und Abschaffung der Verschiedenheit der Gattungen in späteren Zeiten kann vorgesehen sein, wenn z. B. ausbedungen wurde, die Prioritätsaktionäre müßten sich gefallen lassen, daß sie gegen Zahlung einer bestimmten Summe ihrer Vorrechte verlustig gehen. Stimmrechtsbevorzugungen sind nach dem Gesetze zulässig (Lehmann I., S. 192). Nach § 43, Abs. 5 A. Reg. sind sie unzulässig (vergl. Erläuterung zu Art. 224, Abs. 2).

Weiter können die Vorzugsaktien darin bevorzugt sein, daß ihnen bei Auflösung der Gesellschaft ein Vorrecht in Höhe des Nennbetrages ihrer Aktien zusteht. Auch dafür spricht keine Vermutung (Renaud, 2. Aufl., S. 770).

Eine Aktiengattung kann auch durch eine Aktie gebildet werden: auch ein Aktionär kann bevorzugt werden und bildet dann eine besondere Aktiengattung (Makower, S. 378).

c) **Aus dem Vorhandensein mehrerer Gattungen von Aktien folgt für deren Inhaber noch nicht eine besondere Stellung bei Generalversammlungsbeschlüssen** über die Gesellschaftsangelegenheiten. Der Prioritätsaktionär muß sich daher Beschlüsse, insbesondere Statutenänderungen gefallen lassen, durch welche auf sein Vermögenssonderrecht ungünstig eingewirkt wird. Manche § 3.

Digitized by Google

Statutenänderungen können verschiedenen Aktiengattungen gerade wegen ihrer Rechtsstellung zur Gesellschaft verschiedene Vorteile oder Nachteile bringen. Solche verschiedene Wirkungen werden sehr vielen wichtigen Statutenänderungsbeschlüssen, z. B. wenn neue Grundsätze über Abschreibungen, über Dotierungen des Reservefonds aufgestellt werden, innewohnen. Bei diesen verschiedenen Folgen steht nicht die Existenz oder die Erfüllung des dem bevorrechteten Aktionär gewährten Sonderrechtes in Frage, sondern bloß das Interesse, welches dieses Recht den Berechtigten gewährt (Motive zum Aktiengesetze vom Jahre 1884, S. 111). Anders steht es mit den Beschlüssen, die unmittelbar für die eine bestimmte Gattung von Aktien zugesicherten Sonderrechte zum Gegenstande haben, also Beschlüsse, wodurch jener Teil des Gesellschaftsvertrages zum Nachteile einer Aktiengattung abgeändert werden soll, welcher das bisherige Rechtsverhältnis der einzelnen Aktiengattungen zur Gesellschaft regelt, z. B. wenn bestimmt wird, daß die Vorzugsaktionäre in Zukunft nicht mehr 5 Prozent, sondern nur noch 4 Prozent vorweg erhalten sollen. Solchen Beschlüssen muß nach allgemeinen Gesichtspunkten jeder benachteiligte Aktionär seine abgesonderte Zustimmung erteilen (Löwenfeld, S. 373; Lehmann II., S. 210; ROHG. 20, S. 93; RG. 14, S. 137).

Das Statut kann jedoch bestimmen, daß an Stelle der Zustimmung des einzelnen benachteiligten Aktionärs ein Mehrheitsbeschluß der benachteiligten Aktiengattung genügt. Solche statutarische Bestimmungen sind für die bevorrechteten Aktionäre bindend, wenn sie erlassen sind, bevor ihr Vorrecht im Statute festgesetzt wurde. Das Aktienregulativ verlangt die Aufnahme einer solchen statutarischen Bestimmung, indem es im § 48, Abs. 2, vorschreibt, daß beim Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen in das Statut eine Bestimmung aufzunehmen ist, wonach jede Änderung des Statutes, welche die Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals oder die Änderung der bisherigen Verhältnisse der verschiedenen Aktiengattungen zum Gegenstande hat, eines Beschlusses der Generalversammlung bedarf, bei welcher die Aktionäre in Gruppen gesondert (nach Gattungen der Aktien) abzustimmen haben. Zu beachten ist, daß durch eine solche statutarische Bestimmung das Sonderrecht der Vorzugsaktionäre nicht erweitert, sondern eingeschränkt wird (so auch hinsichtlich der ähnlich lautenden Bestimmung des Art. 215, Abs. 6, der Aktiennovelle vom Jahre 1884, die Gründe bei RG. 14, S. 141).

Das Aktienregulativ erwähnt besonders die Beschlüsse auf Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals. Nach richtiger Ansicht können solche Beschlüsse bei Vorhandensein von mit verschiedenen Rechten ausgestatteten Aktiengattungen mangels besonderer statutarischer Bestimmung nicht ohne Zustimmung der einzelnen benachteiligten Aktionäre gefaßt werden (vergl. hinsichtlich der Kapitalsherabsetzungen ROHG. 20, S. 93, wo ein Sonderrecht der Inhaber der Prioritätsaktien, an welche eine Vorzugsdividende geknüpft ist, auf Einhaltung des ursprünglichen Nennbetrages der Aktien anerkannt wird, und hinsichtlich der Kapitalserhöhung ROHG. 25, S. 267). Bei einer Grundkapitalserhöhung werden die Sonderrechte der Inhaber der Aktien verschiedener Gattung nicht nur dann verletzt, wenn Aktien geschaffen werden, die vor den bisherigen bevorzugt sind, sondern auch dann, wenn neue Aktien einer der bereits bestehenden Gattungen geschaffen werden (vergl. Behrend, § 136, Note 5). Statutenänderungen der bezeichneten Art sind im Falle einer Statutenbestimmung im Sinne des § 48,

Digitized by Google

Abs. 2 A. Reg. nur (oder richtiger: schon) wirksam, wenn in der Generalversammlung die Aktionäre der verschiedenen Gattungen, gesondert nach Gattungen, abstimmen und sich jede Gruppe mit der erforderlichen Mehrheit für die Statutenänderung ausspricht. Es genügt also nicht, daß die Statutenänderung in einer Generalversammlung, an welcher alle Aktionäre teilnehmen, beschlossen und zum Beschlusse in einer separaten Generalversammlung der benachteiligten Gruppe die Zustimmung erteilt wird. Daher entfällt die Prüfung der oft schwierigen Vorfrage, welche Aktiengattung die benachteiligte ist (vergl. Gutachten der Wiener Börsekammer zu den Fragen 45 und 46 des Fragebogens). Andrerseits ist es notwendig, daß erst eine allgemeine Generalversammlung, worin alle Aktionäre mitstimmen, abgehalten und dann die Separatbeschlüsse der einzelnen Aktiengattungen eingeholt werden. Innerhalb jeder Gruppe müssen die anwesenden Personen das Stimmrecht mindestens für ein Drittel desjenigen Teiles des Aktienkapitals auszuüben berechtigt sein, welcher durch die gesamten Aktien der betreffenden Aktiengattung dargestellt wird, und innerhalb jeder Gruppe muß eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen für die Statutenänderung stimmen. Für die Beschlußfassung innerhalb der einzelnen Gruppen der Besitzer von Aktien verschiedener Gattung ist die Bestimmung des § 45, Abs. 2, sinngemäß anzuwenden (§ 48, Abs. 4 A. Reg.).[9])

d) **Zu unterscheiden von den Prioritätsaktien sind die Prioritätsobligationen.** § 4. Die Obligationsgläubiger sind reine Darlehensgläubiger. Die Obligationsscheine der Aktiengesellschaften sind kaufmännische Verpflichtungsscheine (vergl. § 2 zu Art. 301), können daher durch Indossament übertragen werden. Oft sind diese Prioritätsobligationen mit einem Pfand- oder Vorzugsrechte am Vermögen der Gesellschaft versehen; doch ist dies nicht notwendig (Landauer, S. 65; Edmund Mayer in JBl. 1898, Nr. 15; hinsichtlich der Eisenbahnprioritätsobligationen vergl. § 48 des Ges. vom 19. Mai 1874, RGBl. Nr. 70; vergl. auch Ges. vom 27. Dez. 1905, RGBl. Nr. 213, betreffend fundierte Bankschuldverschreibungen). Den Prioritätsgläubigern kann ein Stimmrecht in der Generalversammlung wieder zuerkannt werden, weil damit die Autonomie der Aktiengesellschaft beseitigt werden würde (Lehmann II., S. 480). Auch die den Aktionären als solchen zustehenden Mitgliedsrechte sind den Prioritätsgläubigern versagt, so das Recht, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung anzufechten (Lehmann II., S. 481). Die Aufnahme von Anleihen durch Ausgabe der Prioritätsobligationen auf den Überbringer oder auf Order[10]) ist nur zulässig, wenn hiezu die staatliche Genehmigung erteilt wird (HfD. vom 17. Dez. 1847, JGS. 1105; Schey, Obligationenverhältnisse, 1. Heft, S. 185; dasselbe bestimmt § 23, Abs. 2 A. Reg.), und zwar ohne Rück-

[9]) Nach § 275 d. HGB. bedarf es zu einer Änderung des Statutes, wodurch das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachteile einer Gattung geändert werden soll, neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in abgesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachteiligten Aktionäre. Diese Bestimmungen finden kraft ausdrücklicher Vorschrift auch Anwendung auf Beschlüsse auf Herabsetzung und Erhöhung des Grundkapitals (vergl. § 278, Abs. 2, § 288, Abs. 3).

[10]) Der Wortlaut des im Texte angeführten Hofdekretes trifft scheinbar nur die auf den Überbringer lautenden Partialobligationen. Die allgemein lautende Vorschrift dieses Hofdekretes: „Alle Partialobligationen dieser Art müssen auf bestimmte Namen lauten . . ." schließt aber zweifellos sowohl die Zulässigkeit von Partialobligationen auf den Überbringer als auch auf Order aus. Vergl. übrigens § 62, Abs. GmbGH.: „Insbesondere ist die staatliche Bewilligung erforderlich: . . . 2. zur Ausgabe von Teilschuldverschreibungen selbst dann, wenn die Teilschuldverschreibungen auf Namen lauten."

Digitized by Google

sicht darauf, ob es sich um vollkommene (skripturmäßige Wertpapiere) handelt oder nicht (vergl. hiezu § 1 zu Art. 307).

Vom Standpunkte des Handelsgesetzbuches ist zur Aufnahme einer Anleihe durch Ausgabe von Prioritäten staatliche Genehmigung überhaupt nicht notwendig (Renaud, S. 689). Die Besitzer der Prioritätsobligationen sind untereinander derart organisiert, daß zur Wahrung der gesellschaftlichen Interessen derselben im Bedarfsfalle ein Kurator bestellt wird und es den einzelnen Besitzern versagt ist, in Angelegenheiten, die gesellschaftliche Rechte betreffen, ihr Recht selbständig geltend zu machen (Gesetz vom 24. April 1874, RGBl. Nr. 49; vergl. insbesondere § 9).

Auch in Form von Pfandbriefen können Prioritätsobligationen ausgestellt werden (vergl. hierüber Gesetz vom 24. April 1874, RGBl. Nr. 48, und Krainz-Ehrenzweig, § 282).

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältnis der Aktionäre.

Artikel 216.

Jeder Aktionär hat einen verhältnismäßigen Anteil an dem Vermögen der Gesellschaft.

Er kann den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern und hat, solange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist.

Vorbemerkung. Exkurs über die Rechte der Aktionäre im allgemeinen. Die Aktiengesellschaft ist juristische Person. Eine juristische Person entsteht, indem mehrere Personen sich derart vereinigen, daß der Verein als besonderes, gedachtes Rechtssubjekt Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein soll. Die Personen selbst aber, durch deren Vereinigungswillen die juristische Person gebildet ist, sind die Mitglieder des Vereines, durch welche und um deren willen die juristische Person rechtlich existiert. Diese Mitglieder sind nicht Träger der Rechte des Vereines und der Pflichten desselben; aber sie haben dem Vereine gegenüber Pflichten und Rechte.

Die Pflichten sind bei der Aktiengesellschaft durch die Einlage erschöpft (Art. 219).

Die Natur ihrer Rechte aber ergibt sich aus dem Satze, daß die Aktiengesellschaft, wie jede juristische Person, nur durch ihre Mitglieder und um dieser willen existiert.

Sie existiert nur durch ihre Mitglieder. Sie ist ein nur gedachtes Rechtssubjekt, hat daher in Wahrheit keinen eigenen Willen, kann ihre Schicksale nicht selbst bestimmen, ihre Geschicke müssen bestimmt werden durch willensfähige Personen. Die Mitglieder haben daher gesellschaftliche Herrschaftsrechte, Rechte mit zu herrschen, zu regieren, die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen, Mitverwaltungsrechte.

Die Aktiengesellschaft existiert ferner nur um ihrer Mitglieder willen. Sie ist nicht Selbstzweck, die Früchte ihres juristischen Lebens sollen den Mitgliedern zufließen. Diese haben daher Ansprüche an die Gesellschaft auf vermögensrechtliche Leistungen (vergl. Felix Mayer, Der Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, GZ. 1900, S. 394).

Digitized by Google

Die Rechte der ersteren Art, die Herrschaftsrechte, werden anderweitig abgehandelt (Art. 224). Die Rechte der letzteren Art, die Ansprüche an die Gesellschaft, vermögensrechtliche Leistungen, sind Forderungsrechte, die sich von anderen obligatorischen Ansprüchen nur durch den Ursprung, die Mitgliedschaft, unterscheiden.

Einleitung.

Das Gesetz unternimmt es in diesem Artikel, die vermögensrechtlichen Ansprüche des Aktionärs an die Gesellschaft zu normieren. Aber es geschieht dies in außerordentlich unklarer Weise. Auf Schritt und Tritt ist hier Klärung und Berichtigung erforderlich. Am besten geschieht dies durch enge Anlehnung an die einzelnen Gesetzesaussprüche selbst.

§ 1. 1. **Das Gesetz sagt: Jeder Aktionär habe einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögen der Gesellschaft.** Der Ausspruch ist nicht richtig (das deutsche Handelsgesetzbuch hat denselben weggelassen; vergl. Denkschrift, S. 152). Das Gesellschaftsvermögen steht im ausschließlichen Eigentum der Aktiengesellschaft als juristischer Person (Art. 213). Ein Anteil am Vermögen der Gesellschaft, also ein Miteigentum des Aktionärs an demselben ist nicht denkbar (vergl. Ring, Anm. 1; Willenbücher, Anm. 1). Seine Vermögensrechte gegenüber der Gesellschaft haben die Natur von Forderungsrechten, sowohl während die Gesellschaft besteht als auch nach Auflösung der Gesellschaft; in ersterer Hinsicht ist es vornehmlich der Anspruch auf Gewinnanteil, ausnahmsweise auch auf Zinsen, in letzterer auf die Liquidationsquote. Auch sind seine Vermögensrechte gegen die Gesellschaft nicht immer verhältnismäßig, das heißt, also dem Verhältnisse des Nennwertes seiner Aktie zur Ziffer des Grundkapitals entsprechend, da es auch Vorzugsrechte gibt.

§ 2. 2. **Das Gesetz sagt, der Aktionär könne den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern.** Dieser Ausspruch ist richtig, doch nicht präzis. Was der Aktionär hingibt, nicht bloß was er einzahlt, sondern was er überhaupt realiter einbringt, als Äquivalent seiner Mitgliedschaft, damit es Teil des Grundvermögens der Gesellschaft werde, welcher er als Mitglied angehören will, das ist Haftungsobjekt für die Gläubiger und unwiderrufliches Eigentum der Gesellschaft. Eine Einlage kann einseitig nicht zurückgefordert werden. Aber auch freiwillige Rückzahlungen der Einlage sind — und das ist der weitere Sinn dieser Worte — unstatthaft. Weder kann sie der Vorstand vornehmen, noch auch die Generalversammlung beschließen; eine Bestimmung des Statutes, die der Generalversammlung ein solches Recht einräumt, ist ungültig (Links CCCLXII), es sei denn, daß ein allgemeiner Beschluß auf Rückzahlung eines Teiles des Grundkapitals in Gemäßheit des Art. 248 gefaßt wird.

Die Organe der Gesellschaft haben es auch im übrigen nicht in der Hand, die Rechtsnatur der Einlagen zu verändern und etwa mit den Aktionären, welche einen Teil der Einlagen gemacht haben, zu vereinbaren, daß dieselben als geschenkt betrachtet werden und die Einlagepflicht wieder aufleben soll. Das Reichsgericht (RG. 27, S. 11) erklärt dies um deshalb für unzulässig, weil darin eine Rückzahlung und eine Verschiebung der Bilanzposten liegen würde. Eine Rückzahlung liegt um deshalb vor, weil man nur das schenken kann, was man sein eigen nennt, dazu aber zunächst die Einlagen als zurückgezahlt betrachtet werden müssen.

Die Rückforderung der Einlage kann auch nicht darauf gestützt werden, daß man infolge Irrtumes oder Betruges Aktionär geworden ist. Vergl. hierüber § 34 zu Art. 208 und Staub[8] (Pinner), Anm. 4 zu § 213.

Digitized by Google

Dagegen kann derjenige, der in Wahrheit nicht Aktionär geworden ist, sondern in der irrtümlichen Meinung, er sei es geworden, eine Einlage gemacht hat, dieselbe zurückfordern mit der condictio indebiti (ROHG. 22, S. 194).

Ein Austrittsrecht des Aktionärs aus der in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelte Aktiengesellschaft, normiert § 100 GmbHG.; der Aktionär, der sich an der Gesellschaft m. b. H. nicht beteiligen will, hat Anspruch auf den auf seine Aktie entfallenden Betrag des Gesellschaftsvermögens, der sich aber mit dem Betrage seiner Einlage, dem Nennbetrage der Aktie, nicht decken muß.

§ 3. 3. **Das Gesetz sagt, der Aktionär habe nur einen Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist.**

a) Daß der Aktionär nur diesen Anspruch habe, ist nicht richtig. Er kann noch andere Ansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen haben. So kann in den Statuten sehr wohl bestimmt sein, daß die Aktionäre das Recht freien Eintritts in den der Gesellschaft gehörigen Garten oder das Theater oder das Recht der jederzeitigen Besichtigung der Fabrik haben (vergl. Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 389, der solche Rechte im Zweifel als unentziehbare Sonderrechte bezeichnet, was wir billigen). Gemeint ist nur, daß der Aktionär, was die Erträge der Gesellschaft betrifft, lediglich den Anspruch auf den Reingewinn hat (vergl. Art. 217). Auch sonstige, durch direkte Klage gegen die Gesellschaft erzwingbare Forderungsrechte stehen dem Aktionär zu, als sogenannte Hilfsrechte, um die übrigen Aktionärsrechte, Herrschaftsrechte und Vermögensrechte zu fördern und zu ermöglichen, z. B. das Recht auf Eintragung in das Aktienbuch, auf Aushändigung der Aktienurkunde, auf Zulassung zur Generalversammlung (ROHG. 19, S. 297), auf Hergabe von Aktien bei gültig stipulierten Bezugsrechten usw. (vergl. Goldschmidt, System § 59). Das wichtigste Vermögensrecht des Aktionärs aber ist das Dividendenrecht.

§ 4. b) **Der Anspruch auf den Reingewinn oder das Dividendenrecht.**[1] [2])

α) Die Natur desselben. Daß statutarisch ein Anspruch auf den Reingewinn besteht, ist nicht notwendig (Behrend, § 133). Besteht er aber, so ist er kein unentziehbares Sonderrecht, und die Aufhebung dieses abstrakten Rechtes per majora ist möglich. Dem Aktionär steht ein Anspruch auf den Reingewinn nur insoweit zu, als derselbe nach dem Gesellschaftsvertrage zur Verteilung bestimmt ist. Der Gesellschaftsvertrag kann aber nach Art. 214 abgeändert werden. Bis zur Feststellung der Dividende besteht kein Sonderrecht (RG. 22, S. 114; Ring, Anm. 5; Behrend, § 133 zu IV; Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, S. 75; anders Felix Mayer, GZ. 1900, S. 400; Lehmann II., S. 422 und derselbe in Kohler und Rings Archiv 9, S. 380; Randa II., S. 175).

[1]) Im Sinne des ABGB. (§§ 512, 1050, 1064, 1085 usw.) gehören die Dividenden zu den Nutzungen des Aktienrechtes. — Es ist aber festzuhalten, daß Dividenden keine Zinsen sind (Randa, Lehre von den Zinsen und der Konventionalstrafe, S. 6).

[2]) Vergl. insbesondere Grünhut, Das Recht auf die Dividende und der Dividendencoupon, WZ. 1, S. 385—401.

Digitized by Google

Der Dividendenanspruch entsteht hienach durch die Feststellung der Dividende durch die Generalversammlung. Auf die Gestaltung des abstrakten Dividendenrechtes und der Höhe der konkreten Dividende hat der Aktionär einen Einfluß durch Ausübung seiner Gesellschaftsrechte (Behrend, § 133 zu IV).

Ob ein Reingewinn vorhanden ist, richtet sich nach den Ergebnissen des Betriebes und der Bewertung, welche den vorhandenen Vermögensbestandteilen in der von der Verwaltung vorzuschlagenden, der Genehmigung der Generalversammlung unterliegenden Bilanz zuteil wird. Der Beschluß der Generalversammlung über die Bilanz ist maßgebend für die Frage, ob ein Reingewinn vorhanden ist, ob die Aktiva so, wie der Vorstand sie vorschlägt, in die Bilanz einzustellen sind, oder ob Abschreibungen und welche vorzunehmen sind oder Reservekonten für zweifelhafte Werte, z. B. Grundstücke oder Forderungen, in die Bilanz einzustellen sind, durch welche die Gewinnziffer sich vermindert (RG. 4, S. 103; ROHG. 25, S. 326). Freilich darf die Generalversammlung hiebei nicht willkürlich verfahren, sondern hat die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über den Wertansatz zu beachten, widrigenfalls jedem Aktionär ein Klagerecht auf Anfechtung des Beschlusses zusteht (Felix Mayer, GZ. 1900, S. 401). Wird dasselbe nicht ausgeübt, dann bleibt allerdings der rechtswidrige Beschluß verbindlich (Näheres darüber Art. 217).

Aber nicht immer ist der ganze Reingewinn zu verteilen. Vielmehr können — und nach dem Aktienregulativ muß dies der Fall sein — statutarische Vorschriften bestehen, in deren rechnerischer und wirtschaftlicher Konsequenz der Reingewinn ganz oder zum Teile von der Verteilung ausgeschlossen wird. Die Vorschrift, die wir im Auge haben und welche durch den vorliegenden Artikel nicht berührt wird, ist die Vorschrift, daß ein Teil des Reingewinnes den obligatorischen Reservefonds zuzuführen ist (§ 53 A. Reg.). Auch, abgesehen von der Bestimmung des § 53 A. Reg., können statutarische Vorschriften in mannigfachster Art bestehen, insbesondere in der Verpflichtung, aus dem Reingewinne bestimmte Reservekonten zu bilden, beziehungsweise zu dotieren. Ja, es kann sogar das Statut bestimmen, daß die Generalversammlung nach freiem Belieben oder nach Gutdünken über die Bildung der Reservekonten oder gar über die Verteilung des Reingewinnes überhaupt entscheidet (Grünhut a. a. O., S. 383; Leist, S. 75; dagegen Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 382). Eine Bestimmung der letzteren Art ist aber darin noch nicht zu finden, daß das Statut bestimmt, die Generalversammlung setze die Dividende fest. Damit ist nur gesagt, daß die Generalversammlung unter Beobachtung von Gesetz und Statut die Dividende bestimmt (vergl. Behrend, § 133, Anm. 3; Neukamp in GZ. 38, S. 66; a. M. Leist, S. 75). Es wird sogar unter Hinweis auf Art. 224, Abs. 1 und 225, Abs. 2, die Meinung vertreten, daß die Generalversammlung stets einen Dividendenverteilungsbeschluß zu fassen habe (Behrend, § 133; Felix Mayer, über den Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften in GZ. 1900, S. 400), eine Meinung, die von Neukamp in GZ. 38, S. 64, mit Recht bekämpft wird. Auch das ROHG. (19, S. 141) hat ausgesprochen, daß, wenn die Feststellung

Digitized by Google

der Dividende nicht nach dem Statute von einem besonderen Generalversammlungsbeschlusse abhängig gemacht ist, mit der Gutheißung der Bilanz der konkrete Dividendenanspruch des Aktionärs erworben wird. Ein Beschluß der Generalversammlung, welcher die Dividende in irgend einer Weise schmälert, sei es in der Höhe, sei es durch Festsetzung eines späteren Auszahlungstermines, ist daher nur gültig, wenn er sich auf das Statut stützen kann.

So ist das Dividendenrecht vor der Feststellung ein abstraktes Recht, die Feststellung der Bedingungen des Dividendenanspruches Sache des Herrschaftsrechtes der Aktionäre, indem sie in der Generalversammlung über die Aufstellung der Bilanz und eventuell auch über die Verteilung des Reingewinnes zu beschließen haben. Auch können sie durch Statutenänderung die Grundsätze der Bilanzaufstellung und damit die Bedingungen für die Größe des Dividendenanspruches für die Zukunft ändern. Derartige Statutenänderungen sind in demselben Umfange zulässig, in welchem sonstige Statutenänderungen zulässig sind, und wirken sofort mit der Eintragung, also schon für das laufende Jahr, nicht aber auch für das Vorjahr, wenn die Dividendenfeststellung noch nicht erfolgt ist (Neukamp in GZ. 38, S. 57.)[3])

Haben aber die Aktionäre ihr Herrschaftsrecht ausgeübt, ist die Bilanz und — wo statutenmäßig noch ein besonderer Dividendenverteilungsbeschluß erforderlich ist — außerdem auch noch die Dividende von der Generalversammlung festgestellt, dann ist das Dividendenrecht ein unbedingtes Forderungsrecht geworden. Es ist aus dem Herrschaftsbereiche der juristischen Person vollständig ausgeschieden; nur vermöge seines Ursprunges ist es Mitgliedsrecht (ROHG. 18, S. 153; 19, S. 141; RG. 22, S. 113; 37, S. 62; Behrend, § 118, Anm. 16 und 17, sowie § 133 zu IV; Ring, Anm. 7 zu Art. 217; Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 388; AdlCl. 586; Lehmann II., S. 418). Als Sonderrecht ist der Anspruch nicht zu bezeichnen, weil er kein Gesellschaftsrecht, sondern ein Gläubigerrecht ist. Derselbe ist selbstverständlich unentziehbar, den Beschlüssen oder sonstigen Eingriffen der Gesellschaftsorgane unzugänglich (RG. 22, S. 113; 37, S. 62; Grünhut a. a. O., S. 399; Felix Mayer a. a. O., S. 400; anonymer Aufsatz in JBl. 1873, S. 417; dagegen anonymer Aufsatz in JBl. 1873, S. 283), insbesondere kann er auch nicht nachträglich entzogen werden wegen Verlusten späterer Jahre (ROHG. 18, S. 154; Grünhut a. a. O., S. 388 ff.; Lehmann II., S. 418; anonymer Aufsatz in JBl. 1873, S. 417; dagegen Blaschke-Pitreich, S. 207; Baumfeld, GH. 1873, S. 241) und kann sogar im nachträglich eröffneten Konkurse der Gesellschaft liquidiert werden (ROHG. 18, S. 153; Ring, Anm. 7; Förtsch, Anm. 6; Cosack, S. 686).[4]) Umsoweniger wird

[3]) Eingehende Erörterung und Literaturangaben über diese bestrittene Frage, ob das gesetzliche oder statutarische Dividendenrecht ein unentziehbares Sonderrecht ist, bei Lehmann II., S. 421; dazu Bachmann, S. 55 ff., Randa II., S. 175, N. 125 a, Leist, S. 60 ff.

[4]) Anderer Meinung sind (außer Lippmann in GZ. 39, S. 178; Gierke, Deutsches Privatrecht, I., S. 542; Canstein I., S. 521, Note 98):

a) Aronius in GZ. 40, S. 123 ff. Derselbe will den Anspruch auf den bilanzmäßigen Reingewinn durch den Hinweis auf Abs. 1 einengen, nach welchem der Aktionär nur

Digitized by Google

der Anspruch dadurch beeinträchtigt, daß die zur Dividendenzahlung bestimmten Gelder nach Ablauf des Geschäftsjahres, auf welches sich die Dividende bezieht, unterschlagen werden (vergl. § 3 zu Art. 217).

Das Recht auf Erhebung der festgestellten Dividende unterliegt der ordentlichen Verjährung. Die kurze Verjährungsfrist des § 1480 ABGB. ist darauf nicht anwendbar, weil es sich nicht um zu bestimmten Zeiten wiederkehrende Zinsen, Renten oder Abgaben handelt (Canstein II., S. 521, Note 97) und § 1480 ABGB. sich nicht auf alle periodischen Leistungen, sondern nur auf die dortselbst genannten bezieht (vergl. Hasenöhrl II., S. 621). Die regelmäßige Bestimmung der Statuten, daß nach Ablauf mehrerer Jahre (meist vier oder fünf Jahre) die nicht erhobenen Dividenden zu Gunsten der Gesellschaft verfallen, ist gültig; sie enthält eine Präklusivfrist, deren Eintritt Verzug des Gläubigers, also Zahlungsbereitschaft der Gesellschaft voraussetzt (RG. 9, S. 31). Die Frist kann aber — im Gegensatze zu RG. 7, S. 32 — nur durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag eingeführt werden. Ist es hier nicht geschehen, so kann es zwar bei Gelegenheit einer Kapitalserhöhung nachgeholt werden, aber nur für die neuen Aktien. Mit Zustimmung aller Aktionäre kann die Frist auch nachträglich eingeführt oder verkürzt werden, nicht aber per majora, selbst nicht in den Formen einer Statutenänderung. Ein solcher Beschluß wäre eine unzulässige Disposition über ein unentziehbares Aktionärrecht (vergl. § 2 zu Art. 224).

---

einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögen der Gesellschaft habe, Vermögen aber sei nur nach Abzug der Schulden vorhanden. Indessen enthält Abs. 1 einen unbestimmten, allgemeinen Ausspruch, der in bezug auf den Dividendenanspruch durch Abs. 2 erst seine Bedeutung und seinen Inhalt erhält. Nicht darf man umgekehrt den in Abs. 2 deutlich fixierten Inhalt des Dividendenanspruches durch den allgemeinen (und überdies so unzuverlässigen, vergl. oben § 1) Ausspruch des Abs. 1 erklären und einengen.

b) Neukamp (S. 76 und 241). Derselbe macht außer dem von Aronius geltend gemachten Grunde weiter geltend, daß schon deshalb eine Dividende im Konkurse nicht verteilbar sei, weil die Aktionäre gesellschaftliche Leistungen nicht beanspruchen können, ehe die fremden Schulden gedeckt seien. Indessen auch der ausgeschiedene und durch Auskehrung abgefundene offene Handelsgesellschafter kann trotz des gesellschaftlichen Ursprunges seines Guthabens dasselbe im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft liquidieren (ROHG. 10, S. 61). Der vorliegende Anspruch hat nun allerdings nicht bloß seinen Ursprung in der Mitgliedschaft, sondern ist der Anspruch eines Mitgliedes. Allein es besteht auch dieses Dogma nicht, daß gesellschaftliche Ansprüche von zeitigen Gesellschaftern mit den Ansprüchen fremder Gläubiger im Konkurse nicht konkurrieren dürfen. Die Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft zeigen das Gegenteil. Vergl. Art. 258, Abs. 1, besonders Art. 255, Abs. 3. Die Fälle sind analog. Wie der Aktionär, so steht auch der stille Gesellschafter in einem Rechtsverhältnisse zum Gemeinschuldner, wie bei der Aktiengesellschaft ist es bei der stillen Gesellschaft das der Gemeinschaft gehörige Vermögen, welches den Gläubigern haftet, aber wie der Aktionär, tritt der stille Gesellschafter dem Gläubiger als Dritter gegenüber, und deshalb kann er, wie die fremden Gläubiger, seine gesellschaftlichen Ansprüche zum Konkurse anmelden.

Bei dem Dividendenanspruche kommt zu alledem die Erwägung hinzu, daß der Dividendenschein ein Inhaberpapier ist, dem durch den Feststellungsbeschluß der Wert aufgeprägt wird, der ihm durch nachträgliche Veränderungen in den Schicksalen der Gesellschaft nicht wieder entzogen werden kann.

Wenn sich Neukamp ferner auf Art. 245 beruft, so ist das eine petitio principii. Es ist doch eben hier in Frage, ob zu den Schulden der Gesellschaft, die getilgt werden müssen, ehe die Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre erfolgen kann, die festgestellten Dividendenansprüche gehören oder nicht.

Digitized by Google

Dem Dividendenbezuge zu Grunde zu legen ist der Nominalbetrag der Aktien, nicht der eingezahlte (Ring, Anm. 3 zu Art. 217; Behrend, § 133; vergl. auch ROHG. in Busch Archiv 34, S. 377; Lehmann II., S. 406; anders Förtsch, Anm. 3). Daß nur das eingezahlte, weil allein mitarbeitende Kapital in Betracht komme, wie Petersen und Pechmann S. 400 meinen, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen, kann aber zweifellos durch das Statut festgesetzt werden und mag geschehen, wenn man auf diesen wirtschaftlichen Gesichtspunkt den Ton legen will. In welcher Weise nehmen junge, im Laufe des Geschäftsjahres ausgegebene Aktien an der Dividende teil? Darüber siehe § 7 im Exkurse 1 zu Art. 215.

§ 5. β) Träger des Dividendenrechtes ist die Aktie. Zur Erhebung der Dividende hat der Verkehr zwei Arten von Legitimationspapieren ausgebildet: den Talon und den Dividendenschein.

Der Talon oder der Zinsbogen ist dasjenige Legitimationspapier, auf Grund dessen die Dividendenscheine ausgehändigt werden. Er ist kein Inhaberpapier, sondern ein bloßes Legitimationspapier (RG. 3, S. 154; 4, S. 141; Behrend, § 133). In dem Talon· inhaber wird der Besitzer der Aktie oder wenigstens der von diesem mit der Erhebung der Zinsscheine Ermächtigte vermutet. Diese Vermutung wird entkräftet durch den Widerspruch des Aktienbesitzers. Im Kollisionsfalle hat daher der letztere den Vorzug (ROHG. 10, S. 319; 17, S. 31). Der Talon ist Zubehör der Aktie (RG. 3, S. 155; 4, S. 141). Doch kann die Pertinenzqualität durch selbständige Verfügung, z. B. Verpfändung der Aktie ohne den Talon, aufgehoben werden (RG. 23, S. 270).

Der Dividendenschein wird auch bei Namenspapieren nach allgemeiner Übung auf den Inhaber gestellt. Er ist wahres Inhaberpapier und kann auch selbständig ohne die Aktie veräußert werden (vergl. Jacobi, Wertpapier, S. 282). Der Präsentant ist der Gesellschaft gegenüber der Berechtigte (RG. 4, S. 142; AdlCl. 586; Grünhut a. a. O., S. 378; Behrend, § 133). Der Inhalt des Rechtes ist der durch spätere Verwaltungsakte nicht entziehbare oder modifizierbare Anspruch auf die festgestellte, der betreffenden Aktie zustehende Dividende (RG. 22, S. 114); dagegen nicht die Befugnis, bei der Feststellung der Dividende mitzuwirken, so daß sich der Dividendenscheininhaber auch eine rechtswidrige Schmälerung der Dividende gefallen lassen muß, wenn der Generalversammlungsbeschluß unangefochten bleibt (RG. 15, S. 95; Grünhut a. a. O., S. 79; Jacobi a. a. O. S. 283). Anders nach der Feststellung der Dividende durch die Generalversammlung; hierüber § 4. Vgl. hiezu auch Randa II., S. 177 und 195.

Über die Verjährung des Rechtes aus dem Dividendenschein gilt das oben § 4 Gesagte.

Über Nachbezugsrecht von Dividenden vergl. § 2 im Exkurse 2 zu Art. 215. Gegen den Staat als Übernehmer von Aktiva und Passiva kann ein Nachbezugsrecht für frühere Jahre nicht geltend gemacht werden (RG. 14, S. 168 ff.).

Digitized by Google

Artikel 217.

Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre nicht bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie verteilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz und, wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Überschuß ergibt.

Jedoch können für den in dem Gesellschaftsvertrage angegebenen Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert, den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden.

Einleitung.

Der Artikel bestimmt, daß den Aktionären nicht feste Zinsen zu gewähren sind, sondern nur der jährliche Reingewinn unter sie verteilt werden darf (Abs. 1), mit einer in Abs. 2 normierten Ausnahme. Der Grund der Bestimmung ist die Absicht, das Gesellschaftsvermögen zum Schutze der Gläubiger und der Aktionäre selbst möglichst intakt zu halten und nicht mehr zu verteilen, als vom wirtschaftlichen Standpunkte entbehrlich erscheint. Auch so noch ist die Bestimmung zu lax. Ein Geschäft kann nicht gedeihen, sich nicht entfalten, wenn ihm alljährlich die Gewinne entzogen werden. Die Gewinne müssen zum Teil wenigstens als Betriebsmittel erhalten werden. Kein Einzelkaufmann entzieht seinem Geschäfte die jährlichen Gewinne; in den Verträgen über Errichtung offener Handelsgesellschaften wird stets bestimmt, wie viel Gewinne die Gesellschafter jährlich entnehmen dürfen und daß sie den Rest dem Geschäfte belassen müssen. Infolgedessen treffen auch die Statuten der Aktiengesellschaften teils durch Bilanzansatzvorschriften, teils durch Vorschriften über die Verteilung des Bilanzgewinnes, teils durch Autorisation der Generalversammlung Vorsorge, daß nicht der ganze Geschäftsgewinn alljährlich verteilt, sondern daß gewisse Teile dem Geschäfte erhalten, reserviert bleiben (vergl. § 4 zu Art. 216). Im vorliegenden Artikel ist nur bestimmt, was aus öffentlich-rechtlichen Gründen allerhöchstens verteilt werden darf.

Zuwiderhandlungen geben dem Geschehenen den Charakter der Rechtswidrigkeit. Entgegenstehende Abreden des Vorstandes, entgegenstehende Beschlüsse der Generalversammlung sind ungültig. Zahlungen, die der Vorstand dem entgegen vornimmt, machen ihn ersatzpflichtig (Art. 241).

I. (Abs. 1.) **Regelmäßig dürfen nicht Zinsen, sondern nur der jährliche Reingewinn verteilt werden.** § 1.

a) **Nicht Zinsen.** Das will sagen: Für die gemachten Einlagen dürfen nicht bestimmte periodische Leistungen zugesichert und gewährt werden. In manchen Statuten ist von Zinsen die Rede, wenn den Vorzugsaktien eine Vorzugsdividende zugesichert wird. Handelt es sich dabei um Bezüge aus dem Reingewinn, so kommt es auf die Bezeichnung Zinsen nicht an.

Das Verbot bezieht sich auch auf Zinsversprechen an einen einzelnen Aktionär (ROHG. 17, S. 388); auch dem Käufer rechtsgültig erworbener eigener Aktien (vergl. Zusatz 3 zu Art. 248), kann die Gesellschaft keine festen Zinsen oder Dividenden versprechen (Lehmann, Handelsrecht, S. 437; Cosack, Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft, S. 18; Bolze in Leipziger Ztschr. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907, S. 4; a. M. Rehm, GZ. 55, S. 467.

Digitized by Google

§ 2. b) **Nur der aus der jährlichen Bilanz sich ergebende Reingewinn** ist verteilbar.

a) Der Ausdruck jährliche Bilanz ist nicht absolut im Sinne eines Kalenderjahres zu verstehen. Oft, besonders das erste Mal, wird das Geschäftsjahr abgekürzt und für das gekürzte Geschäftsjahr die Dividende verteilt. Das ist nicht unzulässig (OLG. Hamburg in GZ. 37, S. 551; Ring, S. 295; dagegen Behrend, § 133, Anm. 24).

Dagegen ist eine Abschlagsdividende vor Ablauf des Geschäftsjahres unzulässig (Behrend, § 133; Pollitzer, S. 251; Lehmann II., S. 413; Randa II., S. 177).

§ 3. β) Der sich ergebende Reingewinn bestimmt sich nach der objektiven Sachlage in Verbindung mit den durch die Verwaltung vorgeschlagenen und von der Generalversammlung zu genehmigenden Bewertungen. Das Nähere hierüber ist zu Art. 216 auseinandergesetzt. Die Generalversammlung beschließt nach Maßgabe der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über die Einstellung der Werte in die Bilanz. Verletzt sie hiebei Gesetz oder Statut, so ist ihr Beschluß ungültig und unterliegt der Anfechtung, wird aber durch unterlassene Anfechtung wirksam, und es verbleibt bei den von ihr etwa rechtswidrig gemachten Abzügen vom Reingewinn (RG. 15, S. 95). Daß der Reingewinn, um verteilungsfähig zu sein, in flüssigen Mitteln vorhanden sei, ist nicht notwendig. Er kann sich auch durch vorteilhafte Tauschgeschäfte gebildet haben, oder es können zur Zeit Warenvorräte oder sichere Hypotheken, aber kein bares Geld vorhanden sein. In solchen Fällen kann die Gesellschaft Darlehen aufnehmen, um die Dividende auszuzahlen, und es muß dies geschehen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag anderweitige Vorschriften enthält oder anderweitige Beschlüsse zuläßt (Simon, Bilanzen, S. 6; RG. 11, S. 162).

Der sich ergebende Reingewinn muß aber nicht notwendig unter die Aktionäre voll und ganz verteilt werden. Er ist nur verteilungsfähig. Ob er in Wahrheit zur Verteilung gelangt, darüber bestimmen entweder die Statuten oder die Generalversammlung nach Maßgabe derselben. Nach § 53 A. Reg. müssen die Statuten die Dotierung eines Reservefonds vorschreiben; darüber hinaus gewähren statutarische Vorschriften der Generalversammlung bald größere, bald geringere Freiheiten; bald nehmen sie ihr das Verteilungsrecht überhaupt und bestimmen selbst erschöpfend den Verteilungsmodus, was ebenfalls zulässig ist. Vergl. § 4 zu Art. 216. Verluste, die nach Ablauf des in Frage stehenden Geschäftsjahres entstehen, sind jedenfalls weder ein gesetzlicher noch ein statutarischer Grund, um die Dividende des vorigen Jahres zu schmälern. Doch ist dabei wohl zu unterscheiden zwischen einem Verluste, der erst nachträglich entsteht, und einem solchen, der vorher entstanden war und erst nachträglich erkannt wurde. So muß z. B. bei dem nachträglichen Verluste eines Bankierguthabens unterschieden werden, ob die Verhältnisse des Bankiers beim Jahresschlusse gute oder schlechte waren. Im ersten Falle trifft der Verlust das neue, im zweiten das alte Geschäftsjahr (vergl. hierüber Staub in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht I., S. 72; zust. Lehmann-Ring, S. 435; Behrend, § 133, Anm. 19; ferner Alexander, Die Sonderrechte der Aktionäre, S. 125; Lehmann II., S. 415; Randa II., S. 195;

Digitized by Google

im Prinzipe zust. auch Aronius in GZ. 40, S. 123 ff., doch mit der Modifikation, daß im Falle eines erst im Laufe des Feststellungsjahres eintretenden und deshalb die Bilanz des Vorjahres nicht treffenden Verlustes ein etwaiger Bilanzgewinn zurückzubehalten sei, bis das Vermögen wieder die Schulden — oder gar alle gesetzlichen Reserveposten deckt. Die hiefür geltend gemachten Gründe sind widerlegt in § 4, Note 1, zu Art. 216).

§ 4. Daß bei einem Beschlusse der Generalversammlung über die Verteilung der Dividende alle jeweiligen Aktionäre mitzustimmen berechtigt sind, ist selbstverständlich. Insbesondere wird hier kein Unterschied zwischen Vorzugsaktionären und anderen gemacht (§ 48, Abs. 2 A. Reg. kommt hier nicht zur Anwendung), noch auch zwischen solchen, die schon im Vorjahre Aktionäre waren, und solchen, die es erst im laufenden Geschäftsjahre geworden sind, etwa durch eine Kapitalserhöhung. Dies kann zu ungerechten Härten führen, weil solche Aktionäre über fremde Dividendenrechte disponieren, kann aber statutarisch geändert werden.

§ 5. c) **Scheinbare Ausnahmen von dieser Regel** (eine wirkliche Ausnahme behandelt Abs. 2) **sind die Fälle der Dividendengarantie und das Vorhandensein eines Dividendenergänzungsfonds.**

a) Die Dividendengarantie.[1]) Es ist zulässig, daß ein Dritter, etwa der Staat, der Gesellschaft gegenüber eine Dividendengarantie übernimmt. Was dieses Wort wirtschaftlich bedeutet, liegt auf der Hand. Die juristische Bedeutung liegt nicht in einer Verbürgung. Dazu fehlt es an der Hauptschuld. Denn die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, Dividenden zu gewähren, wenn sie keinen Reingewinn erzielt hat. Hier aber wird gerade für diesen Fall ein Zahlungsversprechen geleistet. Vielmehr liegt darin die auf einer Schenkung, einem Darlehen, einem Gesellschaftsvertrage oder irgendeinem anderen Rechtsgrunde beruhende Verpflichtung, das Gesellschaftsvermögen durch einen bestimmten Betrag zu einem bestimmten Zwecke zu vermehren (Behrend, § 133, Anm. 28; Ring, Anm. 2; Pollitzer, S. 245). In das Gebiet der Vertragsauslegung gehört die Frage, ob die Rentenzusage auch eine Rentabilitätszusage ist, so daß der Garant auch zur Deckung eines Bilanzverlustes verpflichtet ist (im Zweifel wohl nicht), ob, wenn während der Garantiezeit das Aktienkapital erhöht oder reduziert ist, die Dividende auf das veränderte Kapital gezahlt werden muß (regelmäßig zu verneinen). Allgemeine Regeln hierüber, wie sie Hachenburg aufstellt, beruhen auf Willkür (vergl. Cohn, Ring). Zweifelhaft ist insbesondere, ob die Gesellschaft oder die Aktionäre die Berechtigten sind. Regelmäßig wird das erstere anzunehmen sein (RGHG. 22, S. 226). Für den Fall, daß die Garantie in der Aktie oder dem Dividendenschein Ausdruck gefunden hat, will Behrend, § 133, Anm. 29, schlechtweg dem Aktionär das Recht geben; allein in solcher Allgemeinheit ist die Annahme nicht gerechtfertigt, sondern nur dann, wenn die Urkunde einen mit Wissen des Garanten gesetzten Vermerk enthält, aus welchem deutlich hervorgeht, daß der Aktionär dem Garanten gegenüber der Berechtigte sein soll. Der Vermerk auf der Urkunde

[1]) Literatur: Hachenburg bei Holdheim 1892, S. 102; Georg Cohn bei Holdheim 1893, S. 191; Ring, Anm. 2.

Digitized by Google

kann sehr wohl auch andere Bedeutung haben. Ist die Gesellschaft die Berechtigte, so sind die Organe derselben den Aktionären gegenüber verpflichtet, das so Erhaltene nur zu dem bestimmten Zweck zu verwenden. Entgegenstehende Maßnahmen sind unberechtigt und verpflichten den Vorstand zum Schadenersatz; entgegenstehende Generalversammlungsbeschlüsse aber sind nur anfechtbar, wenn eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung dabei verletzt ist (Lehmann II., S. 425). Sonst ist die Generalversammlung Herrin des Gesellschaftsvermögens und kann es auch zu anderen Zwecken verwenden, als ursprünglich bestimmt war. Eine Ausnahme von dem Prinzipe der in diesem Absatze niedergelegten Gesetzesvorschrift liegt bei der Dividendengarantie um deshalb nicht vor, weil diese Vorschrift nur verbietet, daß die Gesellschaft aus ihren Erträgnissen feste periodische Zahlungen leistet. Hier spielt sie, wenn sie auch juristisch anspruchsberechtigt ist, wirtschaftlich doch nur den Zahlungsvermittler zwischen dem Garanten und den Aktionären. Sie ist wirtschaftlich nur die Zahlstelle.

§ 6. β) Das Vorhandensein eines Dividendenergänzungskontos oder -Ergänzungsfonds. Die Zulässigkeit desselben ist nicht zweifelhaft. Auch dies ist nur eine scheinbare Ausnahme. Verbieten will das Gesetz nur, daß mehr verteilt wird, als verdient ist. Es bleibt aber der Selbstbestimmung der Gesellschaft überlassen, den Reingewinn eines Jahres aufzusparen für spätere Jahre. Solche Aufsparung liegt nur in dem sogenannten Gewinnvortrage. Aus Besorgnis, daß das nächste Jahr nicht genug ertragreich sein werde, oder aus dem rein formellen Grunde, weil der zur Verteilung gebrachte Prozentsatz eine runde Ziffer ergab und einen kleinen Rest übrig ließ, der, wenn er mitverteilt worden wäre, einen unhandlichen Bruchteil ergeben hätte, wird der Rest des Gewinnes zurückbehalten und einem besonderen Reservekonto oder dem Gewinnkonto für das nächste Jahr einverleibt. Derartige Konten können auf statutarischer Anordnung beruhen und sind alsdann zulässig (vergl. § 53, Abs. 4 A. Reg.). Wenn sie sonst gebildet werden, so ist dies anfechtbar (vergl. § 4 im Exkurse zu Art. 239).

§ 7. II. (Abs. 2.) **Ausnahmsweise ist das Ausbedingen der Zinsen gestattet (Bauzinsen).** (Zur Literatur hierüber vergl. Keyßner in Busch Archiv 32, S. 99 ff.; Renaud, Rechtliche Gutachten, herausgegeben von Hergenhahn, Bd. 1, S. 309 ff.; ROHG. 22, S. 11 [Plenum] und 19.) Die Bestimmung wird praktisch damit gerechtfertigt, daß die Beteiligung an manchen Aktienunternehmungen eine nur geringe sein würde, wenn dem Aktionär zugemutet würde, während der langen Vorbereitungszeit jede Vergütung für die Einlage zu entbehren (Mot. zum Akt. Ges., S. 242). Sie ist aber bedenklich, weil sie dem Prinzipe widerspricht, daß die Aktiengesellschaft nur das verteilen soll, was sie an Gewinn erzielt hat. Die von den Motiven in Anlehnung an Keyßner a. a. O. versuchte theoretische Rechtfertigung, daß eine Werterzeugung durch die Errichtung des betriebsfähigen Ganzen aus seinen einzelnen Teilen vorliegt, erscheint schon deshalb gewagt, weil der so erzielte Wertüberschuß doch nicht immer dem Betrage der gezahlten Zinsen gleichkommt.

Diese Ausnahme hat ihre besondere Rechtsnatur und gilt nur unter besonderen Voraussetzungen.

Digitized by Google

1. **Die Rechtsnatur des Bauzinsenversprechens.** Der Anspruch auf Bauzinsen ist ein reines Gläubigerrecht. Einmal ausbedungen, unterliegt der Anspruch nicht mehr der Bestimmung der Generalversammlung, auch eine Statutenänderung kann den Anspruch weder aufheben noch schmälern. Er ist ein Forderungsrecht, wie der Dividendenanspruch nach der Feststellung durch die Generalversammlung (vergl. ROHG. 22, S. 21; Ring, Anm. 10; Cosack[6], § 118, IV; Behrend, § 118, Anm. 16; vergl. § 4, Note 1 zu Art. 216; anders Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 388: Mitgliedsrecht, aber unentziehbares Sonderrecht). Aber auch erhöht oder zeitlich verlängert kann der Zinsanspruch durch spätere Majoritätsbeschlüsse nicht werden. Das würde die Ausnahme des Abs. 2 ausdehnen und im Widerspruche mit der Regel des Abs. 1 stehen (vergl. Keyßner in Busch Archiv, Bd. 8, S. 411; Ring, Anm. 10). § 8.

Bilanzmäßig gehören die gezahlten Bauzinsen zu den Herstellungskosten und erscheinen daher unter den Aktiva (Simon, Bilanzen, S. 378 ff.; Behrend, § 133, Anm. 26, S. 683; Lehmann-Ring I., S. 439; Fischer, Bilanzwerte, I., 1, S. 8).

2. **Die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen des Bauzinsversprechens** sind: § 9.
   a) Das Versprechen muß im Gesellschaftsvertrage abgegeben sein, und zwar nur im ursprünglichen (OLG. München in GZ. 40, S. 475; anders Behrend, § 133, Anm. 26).
   b) Die Zinsen müssen in bestimmter Höhe fixiert sein. Sonst ist die ganze Vorschrift unwirksam (Förtsch, Anm. 5).
   c) Sie müssen für eine bestimmte Kalenderfrist festgesetzt sein, welche die Vorbereitung des Unternehmens erfordert.
      α) Ist der Zeitraum nicht kalendermäßig bestimmt, so ist das Zinsversprechen ungültig (ROHG. 22, S. 13 ff.). Es genügt daher nicht, wenn im Gesellschaftsvertrage nur die Bauzeit als Frist genannt ist.[2]) Auch aus der staatlichen Konzessionsurkunde kann die Ergänzung der Frist nicht entnommen werden (ROHG. 22, S. 22). Ist die Frist abgelaufen, so hört die Zinszahlung auf, auch wenn die Vorbereitung des Unternehmens noch nicht beendet ist (ROHG. 22, S. 13 ff.).
      β) Diejenige Zeit, welche die Vorbereitung des Unternehmens erfordert, ist das Maximum. Ist die Frist zwar noch nicht abgelaufen, die Vorbereitung aber schon beendet, so hört die Zinszahlung auf. Ungültig ist daher die beliebte Statutenbestimmung, daß die Zinszahlung in einem gewissen markierten Zeitabschnitte nach der Beendigung der Vorbereitung aufhört, z. B. am Schlusse des betreffenden Jahres usw. (vergl. Keyßner a. a. O.; Ring, Anm. 10).

Zusatz. Bei der Aktienkommanditgesellschaft sind die Bauzinsen nicht zulässig (Art. 197), auch nicht bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Artikel 218.

Der Aktionär ist in keinem Falle verpflichtet, die in gutem Glauben empfangenen Zinsen und Dividenden zurückzugeben.

[2]) § 215 d. HGB. bestimmt ausdrücklich, daß der Gesellschaftsvertrag den Zeitpunkt bezeichnen muß, in dem die Entrichtung der Bauzinsen spätestens aufhört.

Digitized by Google

Einleitung. **Der Artikel will den gutgläubigen Empfänger von Zinsen und Dividenden vor Rückzahlung schützen.** Die Vorschrift bedeutet: Gleichviel unter welchen Voraussetzungen eine Rückforderung von Zinsen und Dividenden nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen möglich ist, der gute Glaube schützt jedenfalls vor der Rückzahlung, der gutgläubige Empfänger braucht in keinem Falle zurückzuzahlen. Ob umgekehrt der bösgläubige Empfänger rückzahlungspflichtig ist, damit beschäftigt sich der vorliegende Artikel nicht. Darüber läßt das Gesetz allgemeine Grundsätze entscheiden (vergl. den Zusatz).

§ 1. 1. Der Empfänger muß gutgläubig sein. Der gute Glaube muß also im Augenblicke des Empfanges vorhanden sein (ROHG. 18, S. 157; Grünhut in W. Z. I., S. 386; Lehmann II., S. 434).

§ 2. 2. Guter Glaube ist das schützende Moment. Er ist vorhanden, wenn der Empfänger nicht wußte, daß die Dividendenfeststellung auf Irrtum beruhte. Irrig ist es, wenn Esser (Anm. 1) meint, der Beweis, daß ein Reingewinn nicht erzielt sei, mache jedes weitere Erfordernis für die Rückforderung entbehrlich. Im Gegenteil: gerade für diesen Fall ist hier zu Gunsten des gutgläubigen Empfängers Vorsorge getroffen. Die bloßen Voraussetzungen der condictio indebiti genügen daher nicht (vergl. ROHG. 18, S. 157; Ring, Anm. 2; Cosack, S. 688; Völderndorff, S. 538). Auch gehört der Nachweis des schlechten Glaubens zur Begründung der Rückforderungsklage (vergl. § 6 a. E.). Darauf, daß die Bilanz in gutem Glauben errichtet war, kommt es im Gegensatz zu Art. 165 hier nicht an (Randa II., S. 196; vergl. jedoch unten § 6).

§ 3. 3. Zinsen. Das sind die Bauzinsen (zust. Förtsch, Anm. 5; Behrend, § 133, Anm. 31; Lehmann-Ring I., S. 441). Die Bauzinsen können z. B. gutgläubig empfangen sein, wenn der Betrieb vor dem Ende der im Statute vorgesehenen Baufrist eröffnet wurde, ohne daß der Aktionär dies wußte (vergl. § 9 zu Art. 217).

§ 4. 4. Dividenden. Es muß sich um den Fall handeln, daß die Gesellschaft Dividenden für ein bestimmtes Jahr verteilen und der Aktionär die Dividende für das betreffende Jahr empfangen wollte. War dann die Dividendenaufstellung irrig, der Aktionär aber gutgläubig, so ist er geschützt. Wenn dagegen eine Dividende gar nicht verteilt werden sollte, die Generalversammlung z. B. beschlossen hatte, keine Dividende zu verteilen, und der Aktionär, dies nicht wissend, den Dividendenschein präsentierte und ausgezahlt erhielt, so ist der Fall des vorliegenden Artikels nicht vorhanden; noch weniger, wenn er einen Dividendenschein einer anderen Gesellschaft oder eines früheren Jahres aus Irrtum präsentierte und ausbezahlt erhielt.

§ 5. 5. Der Aktionär ist geschützt. Ihm steht der Dividendenscheininhaber gleich (vergl. ROHG. 18, S. 157; Lehmann II., S. 433). Auch der Genußscheininhaber? Darüber vergl. § 6 gegen Ende. Auf Tantiemeansprüche der Gesellschaftsorgane und Beamten der Gesellschaft bezieht sich die Vorschrift nicht. Hier greifen allgemeine Grundsätze Platz.

§ 6. **Zusatz. Was ist Rechtens, wenn der Empfänger mala fide war?** Die herrschende Ansicht geht dahin, der vorstehende negativ gefaßte Artikel enthalte implicite auch die positive Bestimmung, daß der schlechtgläubige Empfänger von Zinsen und Dividenden sie zurückzahlen muß (Völderndorff, S. 563; Randa II., S. 196, N. 147); diese Haftung bestehe sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Gläubigern (Ring, Anm. 1; Wiener in GZ. 21, S. 610; Förtsch, Anm. 3; Behrend, § 133, Anm. 30), und es wird nur noch darüber gestritten, ob

Digitized by Google

wie Ring meint, den Gläubigern gegenüber die Haftung nur dann eintritt, wenn das Grundkapital durch die ungerechtfertigte Zinszahlung geändert wird, oder auch dann, wenn, wie Petersen und Pechmann (S. 407) meinen, die gesetzlichen oder freiwilligen Reserven abgeschwächt werden. Allerdings soll die Haftung den Gläubigern gegenüber eine höchst subsidiäre sein, das heißt nur soweit von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist (Ring, Anm. 1 a. E.). Den gleichen Standpunkt nahm auch das ROHG. (18, S. 157, 23, S. 172) ein, desgleichen das RG., und zwar auf Grund der Aktiennovelle vom Jahre 1884 (Bd. 32, S. 06). Gegen letztere Entscheidung weiter unten.

Wir vertreten eine hievon prinzipiell verschiedene Auffassung. Der vorliegende Artikel will nach seinem klaren Wortlaut nichts weiter besagen, als daß der gutgläubige Dividendenempfänger, was auch sonst aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hiefür sich ergeben möge, auf keinen Fall zurückzuzahlen habe. Mit dem bösgläubigen Empfänger beschäftigt er sich überhaupt nicht. Ob dieser in irgendeinem Falle zur Rückzahlung verpflichtet ist, läßt er ganz dahingestellt. Hält man es wirklich für angezeigt, mit dem argumentum e contrario zu operieren, so darf man doch nicht übersehen, daß die logische Umkehrung von „in keinem Falle der Gutgläubige" nur der Satz ist: „allenfalls der Bösgläubige", nicht aber „unter allen Umständen der Bösgläubige".

Für die Frage, ob der bösgläubige Empfänger zur Rückzahlung verpflichtet ist, entscheiden vielmehr allgemeine Grundsätze. Aus ihnen ergibt sich folgendes:

Die Bauzinsen anlangend, so ist der mala fide-Empfänger zur Rückzahlung verpflichtet. Hinsichtlich ihrer ist der Aktionär einfacher Gläubiger, und wenn in Wahrheit ein Anspruch nicht besteht, so würde er schon wegen bloßen Irrtums der Gesellschaftsorgane zur Rückzahlung verpflichtet sein, wenn ihm nicht die Vorschrift des vorstehenden Artikels bei gutem Glauben schützend zur Seite stände. Bei mala fides fällt dieser Schutz weg.

Was aber den Dividendenanspruch betrifft, so beruht derselbe, wie in Art. 216 und 217 ausgeführt ist, auf Generalversammlungsbeschlüssen, sei es, daß dieselben bloß die Bilanzaufstellung oder diese und die Dividendenverteilung zum Gegenstande haben.

Hat nun die Generalversammlung eine Bilanz aufgestellt, aus welcher sich ein Reingewinn ergibt, obgleich er in Wahrheit nicht oder nicht in der Höhe vorhanden war, oder hat sie die Dividendenverteilung beschlossen, obgleich der vorhandene Reingewinn statutenmäßig zu anderen Zwecken hätte verwendet werden sollen, so sind allerdings diese Beschlüsse dem Gesetze und den Statuten zuwider gefaßt. Handelt es sich nun um verzichtbare Ordnungswidrigkeiten, nämlich um bloße Verletzungen des Statutes (z. B. Unterlassung statutarisch angeordneter Abschreibungen) oder dispositiver Gesetzesvorschriften, so ist zwar auch die Anfechtung zulässig, aber solange eine solche nicht erfolgt ist, bleibt der Beschluß rechtswirksam und der Vorstand hat denselben auszuführen (vergl. § 31 zu Art. 224); jeder Aktionär hat daher Recht darauf, daß der Vorstand diesen Beschluß ausführt, demnach die mittels derselben festgestellte Dividende auszahlt, wenn er auch der Ansicht ist, sie sei zu hoch bemessen. Daher kann der Vorstand die bezahlte Dividende aus dem Grunde, weil er berechnet hat, sie sei in der Generalversammlung zu hoch bemessen worden, ebensowenig zurückfordern, wie er dem Aktionär, der die in einem unangefochten gebliebenen Generalversammlungsbeschlusse festgestellte Dividende begehrt, deren Auszahlung nach dem Obangeführten verweigern darf, indem er ihm vorrechnet, die Dividende sei zu hoch bemessen worden. Wird aber der Generalversammlungsbeschluß durch ein über eine Anfechtungsklage ergehendes Urteil rechtskräftig für ungültig erklärt, dann ist der

Digitized by Google

Rechtsgrund, der den Aktionär zum Empfange der unrichtig ausgemessenen Dividende berechtigt hat, nämlich der formell aufrecht bestehende Generalversammlungsbeschluß, dem der Vorstand Folge leisten mußte, weggefallen und die Rückforderung der unrechtmäßig ausgemessenen Dividende wäre nach § 1435 ABGB. zulässig (vergl. auch Lehmann II., S. 431, insbesondere Anm. 1); war aber der Aktionär in gutem Glauben, so ist er auch in diesem Falle durch den vorliegenden Artikel geschützt.

Ist aber die Dividende unter Verletzung unverzichtbarer öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu hoch festgestellt worden (ist z. B. Auszahlung der Dividende aus dem Stammkapitale beschlossen worden), so darf der Vorstand einen solchen Generalversammlungsbeschluß nicht ausführen, auch wenn er nicht angefochten ist (vergl. § 31 zu Art. 224). Daher steht dem Aktionär auch kein Recht auf Auszahlung einer solchen Dividende zu. Nur auf diesen Fall, daß die Generalversammlung faktisch Auszahlung einer Dividende aus dem Grundkapitale beschlossen hat, bezieht sich das Urteil des ROHG. 18, S. 156, wo ausgesprochen ist, daß die Aktiengesellschaft dem Aktionär einwenden kann, die Feststellung der Dividende sei irrtümlich oder fiktiv. Hat der Vorstand eine solche Dividende in Unkenntnis einer solchen beim Generalversammlungsbeschluß unterlaufenen unverzichtbaren Ordnungswidrigkeit ausbezahlt, so wäre die Rückforderung der unrechtmäßig bezahlten Dividende nach § 1431 ABGB. zulässig, sofern die Ordnungswidrigkeit auf irgendeine Weise hervorkommt, ohne daß eine urteilsmäßige Ungültigkeitserklärung des Generalversammlungsbeschlusses notwendig wäre; auch hier schützt aber den Aktionär gegen die nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche zulässige condictio indebiti der gute Glaube. Hat endlich der Vorstand in Kenntnis des Umstandes, daß beim Zustandekommen des dieselben festsetzenden Generalversammlungsbeschlusses eine unverzichtbare Ordnungswidrigkeit unterlaufen, ausbezahlt, z. B. aus dem Stammkapitale ausbezahlt, so hat er sich durch sein dolloses Verhalten der Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig gemacht (Art. 241); der Aktionär, der in Kenntnis der vorgekommenen Ordnungswidrigkeit Dividenden empfangen hat, hat an dem gegen die Gesellschaft verübten dolus teilgenommen und ist daher aus diesem Grunde der Gesellschaft zum Ersatze des Schadens, der in dem Betrage der unrechtmäßig erhaltenen Dividende besteht, verpflichtet.

Am wenigsten aber können wir **ein direktes Klagerecht der Gläubiger** gegen den böswilligen Empfänger anerkennen. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, der bösgläubige Empfänger sei schlechtweg zur Rückzahlung verpflichtet, so besteht doch bei der Aktiengesellschaft zwischen dem Gläubiger und dem Aktionär kein direkter rechtlicher Konnex (so auch Randa II., S. 196). Nur eine positive Gesetzesbestimmung wäre im stande, denselben in diesem Einzelpunkte herzustellen. Solche positive Vorschrift ist für die Aktienkommanditgesellschaft in dem analogen Falle gegeben (Art. 198), hier nicht.[1]) Das Urteil des Reichsgerichtes (19, S. 115), auf welches Petersen und Pechmann (S. 406) sowie Willenbücher (S. 280) als Belag für ihre gegenteilige Ansicht hinweisen, stützt dieselbe nicht, da es sich lediglich mit der Haftbarkeit der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern beschäftigt. Diese direkte Haftung aber läßt sich aus Art. 245 und 248 begründen (vergl. § 7 zu Art. 241).

[1]) § 217 d. HGB. hat allerdings die Anwendbarkeit der Vorschrift des früheren Art. 198 auch auf Aktiengesellschaften ausgedehnt. Ein direktes Klagerecht der Gesellschaftsgläubiger gegen denjenigen Aktionär, der wissentlich Dividenden empfängt, die unter Verletzung der Vorschriften über die Erhaltung des Grundkapitals ausbezahlt werden, scheint auch Lehmann (II., S. 422) für das geltende Handelsgesetzbuch anzunehmen.

Digitized by Google

Vorstehenden Ausführungen ist Neukamp, S. 88, beigetreten; desgleichen Adler (in Iherings Jahrbüchern 33, S. 173). Das Reichsgericht dagegen hat neuerdings, wenn auch nur gelegentlich, so doch deutlich den gegenteiligen Standpunkt vertreten (Bd. 32, S. 96).

Der Divideninhaber steht hier überall dem Aktionär gleich. Soweit man also ein Rückforderungsrecht gewähren will, muß man es auch gegenüber dem Divideninhaber gewähren (ROHG. 18, S. 157; Lehmann II., S. 433; Behrend, § 133, Anm. 31). Das will Ring (Anm. 1) hinsichtlich desjenigen Divideninhabers, der nicht Aktionär ist, nicht gelten lassen. Behrend (§ 133, Anm. 31) will auch den Genußscheininhaber in derselben Weise behandeln. Allein nur derjenige Genußscheininhaber, dessen Recht Pertinenz eines Aktienrechtes ist, ist in gleicher Weise zu behandeln, nicht auch derjenige, der einfacher Gläubiger ist (vergl. über diesen Unterschied 2. Exkurs zu Art. 248).

Soweit ein Rückforderungsrecht zugestanden wird, gehört der Nachweis der mala fides zur Begründung der Klage. Der gute Glaube wird hier wie sonst präsumiert (Völderndorff, S. 537; Lehmann II., S. 434; Cosack, S. 688; Lehmann-Ring I., S. 441).

Artikel 219.

Der Aktionär ist nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen, als den für die Aktie statutenmäßig zu leistenden Beitrag.

I. **Der Artikel begrenzt die Verpflichtung des Aktionärs auf den Betrag seiner Einlage.** Die Grenze der Verpflichtungen des Aktionärs bildet seine Einlage, das heißt der Nominalbetrag der Aktie, bei der Überpari-Emission der Emissionskursbetrag. Daß die Verpflichtung des Aktionärs sich hierin erschöpft, gehört zum Wesen der Aktiengesellschaft (vergl. § 1 zu Art. 207; auch Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 299, 300). Dies hat das Reichsgericht (21, S. 148 ff.) mit Schärfe ausgesprochen und hiedurch die Auffassung Gierkes (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 271, Note 2 und 918 ff.) abgewiesen, wonach der vorliegende Artikel nur von der kapitalistischen Beitragspflicht spreche und daher eine verfassungsmäßige Belastung mit einer davon verschiedenen Leistungspflicht nicht ausschließe (vergl. auch Lippmann in GZ. 39, S. 155, und gegen ihn Ring, Anm. 1; auch unten § 3, Note 1). Der Standpunkt des Reichsgerichtes wird auch dadurch nicht erschüttert, daß in Art. 220, Abs. 1, Zinsen dem Aktionär auferlegt sind und nach Art. 220, Abs. 2, Konventionalstrafen auferlegt werden können. Denn damit sind keine besonderen Verpflichtungen dem Aktionär auferlegt, das sind vielmehr nur die sekundären Folgen der Nichterfüllung seiner Verpflichtung gegen die Gesellschaft. § 1.

II. **Aus jenem Grundsatze ergeben sich folgende praktische Konsequenzen:** § 2.

1. Die Verpflichtung zu einem Gesellschaftsamt kann dem Aktionär als solchem nicht auferlegt werden. Vergl. auch Behrend, § 116, Anm. 7; anders RG. 21, S. 148 ff., indem es die Konsequenzen seiner im übrigen so scharfen Deduktion nicht soweit zieht.
2. Der Aktionär kann nicht gezwungen werden zu Nachzahlungen behufs Umwandlung der Aktien in Reichswährung (ROHG. 23, S. 298).
3. Majoritätsbeschlüsse, inhalts deren diejenigen Aktionäre, welche eine bestimmte Summe zuzahlen, in ihren Rechten bevorzugt werden sollen, sind

Digitized by Google

ungültig. Die Schaffung von Vorzugsaktien auf diesem Wege ist nach unserer Ansicht ungültig, weil in solchem Beschlusse gleichzeitig ausgesprochen ist, daß Aktionäre, welche die Zuzahlung nicht machen, in ihren Rechten benachteiligt werden sollen, hierin aber ein nach vorstehendem Artikel unzulässiger Zwang in einer Leistung liegt (vergl. § 1 im Exkurse 2 zu Art. 215).

4. Majoritätsbeschlüsse, wonach dem Aktionär die ihm statutenmäßig für den Besitz einer Aktie gewährten Rechte in Zukunft nur für den Fall des Hinzunehmens einer zweiten Aktie zustehen sollen (sogenannte Zusammenlegung von Aktien), sind nach unserer Ansicht ungültig. Denn darin liegt ein Zwang, zu den Zwecken der Gesellschaft mehr beizutragen als die ursprüngliche Einlage (ROHG. 20, S. 97; vergl. § 4 zu Art. 248).
5. Majoritätsbeschlüsse, durch die eine bestimmte Gruppe von Aktionären zur Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft aufgefordert wird, mit dem Beisatze, daß die Verweigerung des Darlehens eine Zusammenlegung der betreffenden Aktien (Ausgabe einer Aktie für drei) nach sich zieht, sind unzulässig (RG. bei Seuff A. 55, Nr. 21), wobei allerdings die Anwendbarkeit des Art. 219 nicht dezidiert ausgesprochen wurde.
6. Eine Bestimmung des Statutes, nach der die Dauer der Mitgliedschaft des Aktionärs an eine bestimmte Berufseigenschaft geknüpft ist (Verpflichtung zur Veräußerung der Aktie bei Aufgeben dieses Berufes) widerspricht dem Art. 219 (RG. bei Seuff A. 57, Nr. 108; a. M. Leist, Die Nebenleistungsgesellschaft, S. 13).
7. Statutenbestimmungen, inhalts deren ein Aktionär der Gesellschaft gegenüber eine Garantie in der Weise übernimmt, daß er eine bestimmte Summe nachzuzahlen hat, wenn zur Deckung etwaiger Verluste das Aktienkapital nicht ausreicht, sind ungültig, es sei denn, daß ein von der Aktiengesellschaft unabhängiger Nebenvertrag vorläge (Bolze 21, Nr. 565, 566).

§ 3. 8. Die dem Aktionär statutarisch auferlegte Verpflichtung, Rüben zu liefern, ist ungültig. **Diese bei Zuckerfabriks-Aktiengesellschaften zahlreich vorkommende Rübenbaupflicht** ist Gegenstand einer oberstrichterlichen Judikatur geworden, die in stetem Flusse und in fortschreitender Entwicklung in Bezug auf die Klarstellung der betreffenden Rechtsfrage begriffen war.

Die Entscheidung in Bd. 17, S. 5, erkennt zwar an, daß die Rübenbaupflicht ein dem Wesen der Aktiengesellschaft fremdes Element enthalte, geht aber davon aus, daß die Statthaftigkeit solcher Statutenbestimmung, trotz vielfacher Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über die Natur des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses, in der Rechtsprechung bis dahin unbeanständet geblieben sei, wobei das Reichsgericht auch auf seine eigenen Entscheidungen in Bd. 17, S. 1 und 3, Bezug nimmt. Das Reichsgericht weist darauf hin, daß jene Statutenbestimmungen, soweit bekannt, niemals eine Verweigerung der Eintragung in das Handelsregister oder früher der staatlichen Konzession veranlaßt haben.[1]) Nach allen diesen Vorgängen könne es heutigen Tages nicht mehr statthaft sein, die Rechtsbeständigkeit dieser Bestimmungen und der auf Grund derselben errichteten Gesellschaften wegen theoretischer Bedenken in Frage zu stellen. Es könne sich nur fragen, auf welchem Wege ihre Rechtsbeständigkeit zu konstruieren sei. Die Konstruktion geschieht vom Reichsgerichte in der Weise, daß es sich derjenigen

[1]) Soweit die Gründe des im Texte erwähnten Erkenntnisses auf die Vorarbeiten zur Aktiennovelle vom Jahre 1884 hinweisen, sind sie für uns gegenstandslos.

Digitized by Google

Ansicht anschließt, welche die statutarischen Bestimmungen über die Rübenlieferungspflicht als Inhalt eines besonderen, zwischen der Gesellschaft und jedem einzelnen Aktionär als einer dritten Person abgeschlossenen Vertrages betrachtet. Dieser Nebenvertrag komme zugleich mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages zu stande.

Allein in seinen späteren Entscheidungen, insbesondere Bd. 21, S. 148 ff. und Bd. 26, S. 85 ff. (vergl. auch Bolze 9, Nr. 485), erkennt das Reichsgericht an, daß diese Konstruktion sich nicht ausnahmslos bei allen Gestaltungen der Rübenzuckergesellschaftsstatuten durchführen lasse, nämlich überall da nicht, wo die Verpflichtung zur Rübenlieferung dem Aktionär als solchem, also als gesellschaftlicher Beitrag auferlegt wird. Das sei der Fall, wenn der Aktionär hinsichtlich des Preises für die Rübenlieferung mehr oder weniger der finanziellen Lage der Gesellschaft unterworfen sei. Eine solche Bestimmung verstoße gegen Art. 219, wonach die Verpflichtung des Aktionärs, zu den Zwecken der Gesellschaft beizutragen, sich in der Einlage erschöpft. Wohl aber hat das Reichsgericht alle diejenigen Gestaltungen für zulässig erklärt, bei welchen ein solcher Verstoß gegen Art. 219 nicht vorliege, so daß eine Trennung zwischen der Aktionäreigenschaft und den Verpflichtungen aus dem Rübenbaunebenvertrage möglich und durchführbar sei. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn der Rübenpreis ein bestimmter oder objektiv bestimmbarer sei, und gegen dieses Erfordernis werde auch dadurch nicht verstoßen, daß der Vorstand und Aufsichtsrat den Preis festsetzen sollen (Bolze 8, Nr. 549) oder sogar die Generalversammlung (Bolze 10, Nr. 544), weil hierin nur die Provokation auf das arbitrium boni viri liege, welches der Korrektur durch den ordentlichen Richter unterworfen sei.

So anerkennenswert nun aber das Bestreben des Reichsgerichtes ist, eine so wichtige Erscheinung des Verkehres nach Möglichkeit rechtlich zu konstruieren, so erscheinen diese Versuche doch vergeblich.

Mit Recht sagt Wolff (in Kohler und Rings Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 3, S. 334), das Reichsgericht bleibe auf halbem Wege stehen, wenn es eine Trennung der Aktiengesellschaft von einem nebenher gehenden Rechtsverhältnisse zwischen den Aktionären und der Aktiengesellschaft nur dann verwirft, wenn die Art der Preisfestsetzung die Rübenlieferungen als gesellschaftliche Beiträge erkennen lasse, somit ein einheitliches Verhältnis gesellschaftlicher Natur für vorliegend zu erachten sei. Ein derartiges einheitliches Verhältnis ist überall vorhanden, wo die aktienrechtlichen und die die Rübenlieferungspflicht betreffenden Festsetzungen in dem Statute zusammengefaßt sind. In allen derartigen Statuten sind Bestimmungen enthalten, welche die Rübenlieferungspflicht als einen sehr wesentlichen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages erkennen lassen. Bald ist sie für die Veräußerung, beziehungsweise Vererbung der Aktien maßgebend, bald führt ihre Unterlassung zur Kaduzierung der Aktie, bald führt ein Verstoß gegen dieselbe zur Beeinträchtigung des Dividendenanspruches. Überall widerstrebt die ganze Fassung der Statuten einer Auseinanderreißung in zwei selbständige Rechtsverhältnisse auf das entschiedenste, und der Fall der Beeinflussung des Rübenpreises durch die Geschäftslage ist nur ein besonders markantes Symptom des gesellschaftlichen Charakters der Rübenlieferungspflicht (so zutreffend Wolff a. a. O.).

Die Annahme endlich einer gewohnheitsrechtlichen Bildung steht Art. 1 entgegen (Wolff, S. 337; Behrend, § 116 Zusatz; Ring, Anm. 2).

Digitized by Google

Nach alledem erachten wir den Standpunkt Wolffs für zutreffend, wonach die Rübenlieferungspflicht nur durch besondere Verträge stipuliert werden kann, und zwar nur nach Eintragung der Gesellschaft[2]) (zust. Förtsch, Anm. 4; auch Lehmann I., S. 225; Bachmann, S. 76; a. M. Randa II., S. 57).[3])

Allerdings liegt dieser besondere Vertrag darin, daß beide Kontrahenten nach dem Inslebentreten der Aktiengesellschaft den Vertrag betätigen und so ihren beiderseitigen Willen zu erkennen geben, sich an den Vertrag zu binden.

Die hievon erheblich abweichende Judikatur des Reichsgerichtes ging, kurz zusammengefaßt, dahin: daß die Rübenbaupflicht als gesellschaftliche Beitragspflicht nicht denkbar ist, daß sie also, wo sie nicht anders konstruiert werden kann, z. B. wenn der Preis der Rüben an die Finanzlage der Gesellschaft geknüpft ist (RG. 21, S. 148 ff., 26, S. 85), ungültig, sonst aber, also wenn der Preis ein fest bestimmter oder bestimmbarer, etwa dem billigen Ermessen des Vorstandes und Aufsichtsrates (Bolze 8, Nr. 549) oder der Generalversammlung überlassener (Bolze 10, Nr. 544) ist, ein gültiger zweiseitiger Nebenvertrag ist, den die Generalversammlung nicht abändern kann (RG. 17, S. 5), von welchem sich der Verpflichtete auch nicht durch Verzicht auf die Aktie befreien kann (RG. 17, S. 3), der vielmehr nur durch Vertrag zwischen der Gesellschaft und ihm abgeändert oder aufgehoben zu werden vermag, dies aber auch durch Erklärung des Vorstandes, wenn derselbe auch hiemit seine statutenmäßigen Befugnisse überschreiten sollte (RG. 17, S. 1).

§ 4. **Das Aktienregulativ erklärt innerhalb eines gewissen Umfanges statutarische Bestimmungen, in welchen den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auferlegt wird, für zulässig,** das heißt es sagt, daß bei Vorhandensein der angebenen Voraussetzungen einem Statute,

---

[2]) Interessant ist die Abhandlung von Lippmann in GZ. 39, S. 126, die sich nachzuweisen bemüht, daß die Rübenlieferungspflicht mit dem Wesen der Aktiengesellschaft wohl vereinbar sei. Daß dieselbe ein rein gesellschaftliche Leistung sei, führt auch Lippmann zutreffend aus. Daß ihre Stipulierung keinen Illations- und keinen Übernahmsvertrag darstellt, nimmt auch er an (S. 214). Allein er hält die Stipulation eines anderen gesellschaftlichen Beitrages als des in Art. 219 vorgesehenen bei der Aktiengesellschaft für zulässig, weil er in diesem Artikel nur die Vorschrift erblickt, daß eine solche anderweite Leistung nicht stipuliert werden könne, welche gleichzeitig für die Zwecke der Gesellschaft und zur Schuldentilgung bestimmt sei. Die Fähigkeit, diese beiden Zwecke gleichzeitig zu erfüllen, besitze aber die Rübenlieferungspflicht nicht. Indessen ist der Unterschied zwischen Beiträgen, welche den Zwecken der Gesellschaft, und Beiträgen, welche zur Schuldentilgung dienen, unberechtigt. Der Beitrag wird der Gesellschaft in Erfüllung der Einlagepflicht geleistet; wozu diese ihn verwendet, ist ihre Sache und hat mit der Rechtsnatur des Beitrages nichts zu tun. Auch kann man innerhalb der Lebenstätigkeit der Gesellschaft nicht zwei Arten unterscheiden: Verfolgung ihrer Zwecke und Bezahlung ihrer Schulden. Beides fließt ineinander: bei rationeller Verfolgung ihrer Zwecke muß sie auch ihre Schulden bezahlen (vergl. auch Ring, Anm. 1). Der Art. 219 bestimmt nun aber, daß dem Aktionär kein anderer Beitrag zugemutet werden darf, als die statutarische Einlage. Überdies ist nicht ersichtlich, warum die Rübenbaupflicht nicht gleichzeitig jenen beiden Zwecken dienen könne; sicherlich dient sie dazu doch dann, wenn die Bezahlung der Rüben von der Vermögenslage der Gesellschaft abhängig gemacht ist, aber auch sonst sind die gelieferten Rüben wohl geeignete Mittel, um mit ihnen nach Versilberung oder auch in natura die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu erfüllen. Mit Lippmann stimmt im wesentlichen Randa (II., S. 56, 67) überein.

[3]) § 212 d. HGB. hat die Streitfrage im Sinne unserer Gegner gelöst, indem er gestattet, daß die Statuten als solche den Aktionären periodische Naturalleistungen auferlegen; ebenso § 8 GmbHG.

Digitized by Google

das solche Bestimmungen enthält, die staatliche Genehmigung erteilt werden wird. Da nach unserer oben entwickelten Ansicht derartige Bestimmungen nach dem Gesetze ungültig sind, die Verordnung, mittels welcher das Aktienregulativ erlassen wurde, keine Abweichungen vom Gesetze schaffen kann und die staatliche Genehmigung der Statuten auf deren privatrechtliche Gültigkeit oder Ungültigkeit keinen Einfluß ausübt (vergl. § 9 zu Art. 207), so sind nach unserer Ansicht derartige Bestimmungen der Statuten, auch wenn sie allen Voraussetzungen des Aktienregulativs entsprechen und staatlich genehmigt sind, ungültig und können nur dann wirksam werden, wenn ein besonderer Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und dem einzelnen Kontrahenten dadurch zu stande kommt, daß beide nach dem Inslebentreten der Aktiengesellschaft die gegenständliche Statutenbestimmung betätigen; in diesem beschränkten Umfange tritt aber die Wirksamkeit der auf wiederkehrende Leistungen bezugnehmenden Statutenbestimmungen auch dann ein, wenn die besonderen Voraussetzungen, die das Aktienregulativ für die Zulässigkeit derselben festsetzt, nicht vorliegen. Da anzunehmen ist, daß in Hinkunft die österreichische Judikatur in Hinblick auf die Bestimmungen des Aktienregulativs über den Gegenstand sich der von uns bekämpften Ansicht anschließen und die Gültigkeit statutarischer Bestimmungen, die den Aktionären als solchen Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen auferlegen, anstandslos anerkennen wird, so kann von einer Erläuterung der Bestimmung des § 30 A. Reg. nicht Umgang genommen werden; dabei sollen auch die Rechtswirkungen besprochen werden, welche sich aus solchen Statutenbestimmungen ergeben, wenn man auf dem Standpunkte der Gültigkeit derselben steht.

§ 5. Der wesentliche Inhalt dieser Vorschrift des Aktienregulativs geht dahin, daß Bestimmungen des Statutes, in denen den Aktionären als solchen die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auferlegt wird, für zulässig erklärt werden. Abs. 1 spricht diesen Grundsatz allgemein aus und setzt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit derartiger Bestimmungen des Statutes fest. Abs. 2 gedenkt des Falles, daß im Wege einer Statutenänderung im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage nicht vorgesehene Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen den Aktionären auferlegt werden sollen.

§ 6. 1. **Die Voraussetzungen** der zulässigen Auferlegung von periodischen Leistungen an die Aktionäre sind:

a) **Wiederkehrende** Leistungen, die nicht in barem Gelde bestehen, können den Aktionären durch das Statut auferlegt werden. Also nicht Geldsteuern. Sonst besteht keine Beschränkung in der Art der Leistung. Alles, was Gegenstand einer Leistung sein kann, fällt nach dem Wortlaute des Aktienregulativs darunter. Auch die Produktion und Lieferung von Waren. Auch Dienstleistungen können darunter fallen, z. B. die Verpflichtung zur Bebauung und Übereignung von Grundstücken (das Aktienregulativ dürfte allerdings bloß an die Lieferung landwirtschaftlicher Bodenprodukte gedacht haben). Eigentümlich ist, daß die Leistungen wiederkehren müssen. Man sollte meinen, daß, wenn es gestattet ist, den Aktionären wiederkehrende Leistungen aufzuerlegen, es auch gestattet sein müsse, ihnen eine einmalige oder mehrere bestimmte nicht wiederkehrende Leistungen aufzuerlegen. Die-

Digitized by Google

selbe Einschränkung enthält aber der wohl vorbildliche § 212 d. HGB.[4]) und § 8 GmbHG.

§ 7. b) **Die Durchführung des gesellschaftlichen Unternehmens** muß von der Übernahme derartiger Verpflichtungen durch die Aktionäre abhängig sein. Ob dies der Fall ist, beurteilt die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen. Die Worte „insbesondere bei landwirtschaftlichen Unternehmungen" haben bloß die Bedeutung einer an die Verwaltungsbehörde gerichteten Direktive. Gedacht ist allerdings — wie schon aus dem hervorgehobenen Wortlaute des § 30 A. Reg. hervorgeht — hauptsächlich an die Rübenlieferungspflicht bei Rübenzucker-Aktiengesellschaften. Jedoch läßt die Vorschrift, welche nur Unerreichbarkeit des gesellschaftlichen Zweckes ohne die wiederkehrenden Leistungen fordert und ganz allgemein bloß von Leistungen, nicht von Sachleistungen spricht (vergl. oben § 6), eine weite Anwendung zu. Es wird zu erwarten sein, in welchem Maße die Gesellschaftsverträge und die staatlichen Behörden von einer solchen Anwendung Gebrauch machen werden.

§ 8. c) **Die Übertragung der Aktien** muß an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft sein (ebenso § 8, Abs. 2, GmbHG.). Aus § 25, Abs. 3 A. Reg. folgt, daß in diesem Falle das Statut auch eine Bestimmung enthalten muß, welches Organ zur Erteilung dieser Zustimmung berechtigt ist. Das Aktienregulativ verlangt nicht, daß das Statut der Gesellschaft das Recht vorbehalten muß, nach freiem Belieben über die Zulässigkeit der Übertragung zu entscheiden. Auch eine Bestimmung des Statutes, die der Gesellschaft bloß das Recht vorbehält, aus wichtigen Gründen die Übertragung der Aktien zu verweigern, muß als eine den Bestimmungen des Aktienregulativs entsprechende angesehen werden (vergl. § 212 d. HGB.). Gerade der Umstand, daß das Aktienregulativ bei Erlassung der gegenständlichen Bestimmung hauptsächlich an die Rübenbaupflicht gedacht hat, rechtfertigt diese Auslegung; wenn ein zum Rübenbau in seiner Eigenschaft als Aktionär verpflichteter Gutsbesitzer sein Gut veräußern will, so soll ihm das nicht dadurch unmöglich gemacht werden, daß ihm aus Willkür die Zustimmung zur Übertragung seiner Aktienrechte verweigert wird.

§ 9. d) **Daß die Aktien auf Namen lauten** müssen, ergibt sich bereits aus der unter c erörterten Vorschrift und wird zum Überflusse im Aktienregulativ besonders hervorgehoben.

§ 10. e) **Die Bestimmung über die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen muß im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthalten sein.** Später kann sie nur mit Zustimmung der Belasteten getroffen werden. Dies gilt nach § 13, Abs. 7 A. Reg. auch für den Fall, daß eine solche Bestimmung bei der endgültigen Festsetzung des Statutes in der konstituierenden Generalversammlung beschlossen wird, jedoch im Statutenentwurfe, wie er gemäß § 6 A. Reg. der Aktienzeichnung zu Grunde zu legen ist, noch nicht enthalten war; nur daß in letzterem Falle an Stelle der Zustimmung der Aktionäre die Zustimmung der Aktienzeichner tritt. Unter Schaffung einer „nicht vorgesehenen Verpflichtung" ist sowohl die Neubegründung einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen überhaupt als auch jede Erhöhung oder Erschwerung einer

[4]) Die Auslegung dieser Gesetzesbestimmung in dem in Rede stehenden Punkte ist bestritten.

Digitized by Google

bereits statutarisch festgesetzten Verpflichtung, z. B. durch Vergrößerung des Umfanges oder Verringerung der Gegenleistung zu verstehen. Das Aktienregulativ spricht im § 30 und im § 13, Abs. 3, von der Zustimmung sämtlicher Aktionäre und sämtlicher Aktienzeichner. Die Worte müssen jedoch einschränkend dahin ausgelegt werden, daß die Zustimmung sämtlicher belasteten Aktionäre und Aktienzeichner erforderlich und genügend ist (vergl. auch § 276 d. HGB.). Denn es ist nicht abzusehen, warum ein Aktionär einen Beschluß hintanhalten können soll, der in seine Rechte und Interessen nicht eingreift. Die vom deutschen Handelsgesetzbuche abweichende Textierung des Aktienregulativs dürfte sich daraus erklären, daß das Aktienregulativ nur den Fall im Auge hat, daß die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen allen Aktionären in gleichem Maße auferlegt wird. Nach unserer Ansicht ist demnach — die Gültigkeit solcher Statutenbestimmungen vorausgesetzt — zur Fassung eines nachträglichen Beschlusses auf Auferlegung wiederkehrender Leistungen oder Erhöhung einer derartigen bereits bestehenden Verpflichtung keine Vollversammlung notwendig; es genügt ein Generalversammlungsbeschluß, dem die belasteten Aktionäre ihre Zustimmung erteilen.

Zur Gültigkeit dieser Zustimmung ist eine Form allerdings nicht erforderlich und sie kann vor oder nach der Generalversammlung erfolgen. Allein der Registerrichter wird den Nachweis der erfolgten Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form verlangen können. Jedenfalls muß die Zustimmung darin gefunden werden, daß der betreffende Aktionär bei der Generalversammlung zustimmend gestimmt hat (vergl. RG. vom 22. September 1893 in J. W., S. 489; dagegen Pinner, S. 249).

f) **Nur neben der Kapitaleinlageverpflichtung** können den Gesellschaftern wiederkehrende Naturalleistungen auferlegt werden. Ein Gesellschaftsvertrag, in welchem allen oder einzelnen Aktionären lediglich Naturalleistungen auferlegt werden, wäre nach dem Aktienregulativ unzulässig und wäre ungültig, auch wenn man von unserer Ansicht, daß die ganzen gegenständlichen Statutenbestimmungen ungültig sind, absieht. Andererseits ist es nicht erforderlich, daß die Verpflichtung allen Aktionären auferlegt wird (anders als bei der Kapitaleinlageverpflichtung). Es kann sehr wohl bestimmt werden, daß die Aktien bestimmter Gattung die Verpflichtung zur Naturalleistung haben. Auch einzelnen bestimmten Aktionären kann die Verpflichtung auferlegt werden und auch sie können hiefür besondere Vorteile bei der Gewinnverteilung genießen. § 11.

2. **Über das Äquivalent**, welches den Aktionären von der Gesellschaft für die wiederkehrenden Leistungen gewährt wird, enthält das Aktienregulativ keine Bestimmung. Nach dieser Richtung gewährt demnach das Aktienregulativ den freiesten Spielraum und auch aus dem Gesetze ergeben sich — wenn man überhaupt auf dem Standpunkte der Gültigkeit derartiger Statutenbestimmungen steht — keine Schranken (Nothnagel, S. 143). Es kann auch ein bestimmter Preis vereinbart werden; nur muß dessen Auszahlung entfallen, wenn die Bilanz keinen Reingewinn ergibt. Es folgt dies daraus, daß die den Aktionären auferlegten wiederkehrenden Leistungen eine Art Einlage sind, daher die Auszahlung der Gegenleistung aus dem § 12.

Digitized by Google

Grundkapitale auf eine nach Art. 218 unzulässige Rückzahlung der Einlage hinauskäme.[5])

Soweit allerdings die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auf selbständige, zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Aktionär abgeschlossene Verträge zurückgeführt werden kann — und diese sind auch nach unserer Ansicht gültig und rechtsverbindlich (vergl. oben § 4) — kann der Aktionär sein Entgelt ohne Rücksicht auf den vorhandenen Reingewinn fordern, weil er in Ansehung dieses Anspruches nicht als Mitglied sondern als dritter Kontrahent der Gesellschaft gegenübersteht (vergl. Denkschrift, S. 153 und Škerlj, N. 2 zu § 8). Es kann aber auch der Generalversammlung durch das Statut die Befugnis übertragen werden, den Rübenpreis alljährlich durch Mehrheitsbeschluß festzustellen. Es kann der Gesellschaftsvertrag auch bestimmen, daß der Rübenpreis für jedes Jahr durch den Vorstand, den Aufsichtsrat oder die Generalversammlung innerhalb eines bestimmten Mindest- oder Höchstbetrages festgesetzt wird (Randa II., S. 67) oder daß der Preis durch Beschluß der Generalversammlung herabgesetzt werden kann, wenn ein zur Auszahlung desselben ausreichender Reingewinn nicht vorhanden ist.

Ja es kann sogar im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden, daß die Leistung ohne jedes Entgelt der Gesellschaft zu leisten ist (vergl. RG. 21, S. 155; 22, S. 88). Denn nach dieser Richtung ergibt sich keine Schranke. Wer einem solchen Gesellschaftsvertrage nicht beitreten will, braucht es ja nicht, und wer einer Gesellschaft, die solche Bestimmungen nicht hat, beigetreten ist, dem kann ja eine positive Verpflichtung über den Ausgabekurs der Aktien hinaus ohne seine Zustimmung nicht auferlegt werden (§ 30 A. Reg.).

§ 13. 3. **Die Wirkung einer solchen Statutenbestimmung**[6]), durch welche den Aktionären wiederkehrende Leistungen auferlegt werden.

a) Der Aktionär ist verpflichtet, die durch den Beitritt zum Statute übernommenen periodischen Leistungen dem Gesellschaftsvertrage gemäß zu leisten, und hat dafür Anspruch auf den Gegenwert nach Maßgabe der statutarischen Bestimmungen (vergl. oben § 12).

Er kann hier sowenig wie bei der Verpflichtung zur Kapitalseinlage seine Verpflichtung damit ablehnen, daß seine Beitritts- oder Zustimmungserklärung auf Irrtum oder Betrug beruht. Vielmehr ist hier wie dort davon auszugehen, daß seine Erklärung eine allgemeine und öffentliche Bedeutung hat, daß sie dem Verkehr und der öffentlichen Registerbehörde gegenüber abgegeben worden ist und deshalb nicht so einfach angefochten werden kann, wie eine privatrechtliche, einem bestimmten Gegenkontrahenten gegenüber abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärung (vergl. näheres § 34 zu Art. 208). — Bei Erfüllung seiner Verpflichtungen hat der Aktionär sein und seiner Gehilfen Verschulden nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten und nicht etwa

---

[5]) Dies anerkennt auch die Denkschrift (S. 153) und aus diesem Grunde wurde in das d. HGB. (§ 216) die Bestimmung aufgenommen, daß für wiederkehrende Leistungen eine den wahren Wert der Leistung nicht übersteigende Gegenleistung ausbezahlt werden kann, ohne Rücksicht darauf, ob die Bilanz Reingewinn ergibt oder nicht.

[6]) Auch bei der folgenden Darstellung sehen wir von unserer Ansicht, daß derartige Statutenbestimmungen ungültig sind, ab und stellen uns auf den Standpunkt des Aktienregulativs, welches dieselben als gültig erachtet.

Digitized by Google

nach Art. 94, Abs. 2, bloß diligentia quam in suis zu prästieren, da sich diese Spezialvorschrift bloß auf die Mitglieder einer Sozietät, nicht auf die Mitglieder einer juristischen Person bezieht. Liegt in dem Beitritte zur Aktiengesellschaft auf Seite des Aktionärs ein Handelsgeschäft (vergl. § 33 zu Art. 208), so ist bei Beurteilung des Verhaltens des Aktionärs die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu Grunde zu legen (Art. 282).

Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung nicht, so kann er persönlich verklagt werden. Verschuldete Nichterfüllung verpflichtet ihn nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche zum Schadenersatze. Im Statute können für den Fall, daß der Aktionär die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt, auch Konventionalstrafen festgesetzt werden (vergl. § 30, Abs. 1 A. Reg.).

Eine Kaduzierung der Aktie wegen Nichterfüllung der Verpflichtung kann statutarisch festgesetzt werden (Cosack, S. 641; Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl., S. 363, Anm. 1; Makower, S. 449). Umgekehrt kann auch der Aktionär sich von den Verpflichtungen nicht befreien durch Abandonnierung der Aktie (vergl. RG. 17, S. 4; Pinner, S. 96). Wohl aber kann dies im Gesellschaftsvertrage gestattet sein.

b) Will der Aktionär seinen Anteil veräußern, so muß er sich um die Zustimmung der Gesellschaft bemühen. Welches Organ diese Zustimmung erteilt, bestimmt das Statut (oben § 8). Für den Fall, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen versagt werden kann, kann der Aktionär auf Erteilung der verweigerten Zustimmung eventuell klagen. Eine ohne die erforderliche Zustimmung erfolgte Veräußerung braucht die Gesellschaft nicht anzuerkennen. Näheres hierüber, insbesondere über die Gültigkeit der Verpfändung solcher Aktien und der Veräußerung der einzelnen vermögensrechtlichen Bezüge siehe zu Art. 182, erläutert bei Art. 223. **§ 14.**

Die Übertragung selbst erfolgt gemäß Art. 183.

c) Veräußert der Aktionär seinen Anteil, so wird er von den bis dahin rückständigen Leistungen nicht frei, wohl aber von den weiteren Leistungen, welche letztere nunmehr dem Erwerber zur Last fallen (Randa II., S. 69). Wenn ihm daher die Zustimmung zur Veräußerung mit Recht versagt ist, so gibt es regelmäßig kein Mittel für ihn, die einmal übernommenen Verpflichtungen zu periodischen Leistungen loszuwerden. (Über Abandonnierung der Aktien siehe oben § 13.) **§ 15.**

d) Veräußert der Aktionär seinen Anteil nicht, wohl aber das Objekt, aus welchem die Leistungen im wesentlichen fließen, z. B. das Gut, aus welchem die Rüben zu gewinnen sind, die Fabrik, in welcher die von ihm an die Gesellschaft zu liefernden Waren hergestellt werden, so besteht seine Verpflichtung an die Gesellschaft weiter und die Gesellschaft kann die ihr nach sonstigen Grundsätzen zustehenden Ansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen. Es liegt verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Ein Recht, den Erwerber in Anspruch zu nehmen aber hat die Gesellschaft nicht. Deshalb wird es geraten sein, in den Gesellschaftsverträgen zu bestimmen, daß die leistungspflichtigen Aktionäre die Verpflichtung haben, bei Veräußerung des Objekts, aus welchem die Leistungen fließen, des Rübengutes, der Fabrik, dem Erwerber die Verpflichtung aufzuerlegen, die Aktie mit zu er- **§ 16.**

Digitized by Google

werden und eine solche Veräußerung nicht eher perfekt zu machen, als bis die Gesellschaft auch hiezu ihre Zustimmung erteilt hat. Es können auch für den Fall der Verletzung solcher Verpflichtung Vertragsstrafen auferlegt werden. Bei Zwangsverkäufen versagt freilich diese Vorsichtsmaßregel.

§ 17. 4. **über die Gestalt der Aktienurkunde** bestimmt § 29, Abs. 3, in Verbindung mit § 28, letzter Absatz, A. Reg., daß nach dem statutarisch festzusetzenden Aktienformular die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen aus den Aktien und den Interimsscheinen ersichtlich sein müssen. Die Urkunden sind sonst nichtig (vergl. § 23 zu Art. 207). Ob Verträge, die darüber geschlossen werden, nichtig sind, darüber entscheidet die Lage des Einzelfalles. Es kann sein, daß sie im Einzelfall als pacta de cedendo gelten können. Das Anteilsrecht selbst wird jedenfalls durch die Ungültigkeit der Aktienurkunde nicht beeinflußt und ebenso bleibt der Aktionär lediglich nach Maßgebe des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, nicht nach Maßgabe der Urkunde. Eine Veräußerung des Aktienrechtes kann aber, wenn die Aktienurkunde nichtig ist, überhaupt nicht erfolgen. Denn wenn die Gesellschaft die Aktienurkunde ausgegeben hat, so kann eine Übertragung des Anteilsrechtes nur durch Übertragung der Urkunde erfolgen; wenn diese aber nichtig ist, so ist die Übertragung überhaupt nicht möglich. (Anders Makower, S. 450.)

Zusatz. Von der Befugnis des § 30 A. Reg. können auch bestehende Aktiengesellschaften Gebrauch machen, diese natürlich nur mit Zustimmung aller Belasteten (§ 30, Abs. 2 A. Reg.).

Artikel 220.

Ein Aktionär, welcher den Betrag seiner Aktie nicht zur rechten Zeit einzahlt, ist zur Zahlung von Verzugszinsen von Rechts wegen verpflichtet.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages oder eines Teiles desselben Konventionalstrafen ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen festgesetzt werden; auch kann bestimmt werden, daß die säumigen Aktionäre ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Aktien und der geleisteten Teilzahlungen zugunsten der Gesellschaft verlustig gehen.

§ 1. **Vorbemerkungen zu den Art. 220 bis 223.** In diesen Artikeln ist die Haftung für den Aktienbetrag gesetzlich geregelt, und zwar in der Weise, daß grundsätzlich eine solidarische Haftung des Aktienzeichners und des zeitigen Aktionärs festgesetzt ist. Die Haftung des Aktienzeichners und des jeweiligen Aktionärs ist strenge auseinanderzuhalten und auch im Gesetze verschieden geregelt. Die Haftung des zeitigen Aktionärs kann übrigens sowohl bei der Ausgabe von Namenaktien als auch bei der von Inhaberaktien praktisch werden (vergl. unten § 2).[1])

Der Erwerb des Aktienrechtes, auf welchem noch eine Zahlungspflicht ruht, äußert hienach nicht nur gegenüber dem Kontrahenten, sondern auch der Gesellschaft gegenüber verpflichtende Wirkungen. Der Erwerber wird selbständig ver-

[1]) Zu beachten aber ist, daß bei Namenaktien nur derjenige Besitzer einer Aktie oder eines Interimsscheines als Aktionär anzusehen ist, der ins Aktienbuch eingetragen ist (Renaud, S. 636; vergl. § 2 zu Art. 223).

Digitized by Google

pflichtet, die statutarische Einzahlung zu leisten. Auch kommt es darauf, ob zwischen den Kontrahenten wirklicher Eigentumserwerb beabsichtigt war, der Gesellschaft gegenüber hiebei nicht an (RG. 3, S. 163). Desgleichen kommt es für diese der Gesellschaft gegenüber bestehende Nachzahlungspflicht darauf nicht an, ob der Erwerber das Aktienrecht gutgläubig erworben hat, das heißt in der Meinung oder vielleicht gar gegen die Zusicherung seines Rechtsvorgängers, sie sei vollbezahlt; der Erwerber eines Interimsscheines oder einer Namenaktie mit dem Vermerke der nicht voll geleisteten Einzahlung kann sich der Gesellschaft gegenüber darauf nicht berufen.

§ 2. **Der vorliegende Artikel behandelt den Umfang der Haftung des zeitigen Aktionärs**, und zwar werden im Abs. 1 die gesetzlichen Folgen der nicht rechtzeitigen Einzahlung, im Abs. 2 die zulässigerweise im Statute an die Säumnis zu knüpfenden Folgen behandelt, wogegen die Voraussetzungen für die Fälligkeit der Einzahlungspflicht in Art. 221 geregelt werden. Auf diese Weise erscheint die Materie in umgekehrter Reihenfolge, als es logischerweise hätte geschehen sollen, abgehandelt.

Nicht ausdrücklich ausgesprochen ist im Gesetze, daß der jeweilige Aktionär für den Betrag der Einlage haftet. Diese Haftung ergibt sich aus Art. 223, aus Art. 219 und aus dem vorliegenden Artikel; im letztgenannten Artikel insbesondere wird zwischen Inhaber- und Namenaktien nicht unterschieden (Renaud, S. 634). Es haftet demnach außer dem Aktienzeichner nicht nur der ins Aktienbuch eingetragene Aktionär, sondern auch derjenige, der im Falle der Ausstellung von Inhaberaktien das Aktienrecht des Zeichners durch Erwerb eines auf Namen lautenden Interimsscheines erworben hat. Gegen die letztgenannten Personen kann die Haftung freilich nicht im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden, da ja der Aktionär durch Aufgabe seines Aktienrechtes, wenn er überhaupt der Gesellschaft der Person nach bekannt ist, seine Passivlegitimation stets zerstören könnte. Trotzdem ist die grundsätzliche Anerkennung der Haftung nicht ohne praktische Bedeutung (dies gegen Blaschke-Pitreich, S. 209; in unserem Sinne Benoni, GZ. 1870, S. 6).

Die Gesellschaft kann die Haftung derjenigen Aktionäre, gegen welche eine Ausklagung unmöglich ist, immer dadurch geltend machen, daß sie die Auszahlung von Dividenden und Zinsen in Ansehung der Aktien, deren Beträge nicht eingezahlt sind, verweigert. Hiezu ist die Gesellschaft schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die Aufrechnung berechtigt (vergl. Lehmann II., S. 382, 392 und Renaud, S. 646).

§ 3. (Abs. 1.) **Als Folge der nicht rechtzeitigen Einzahlung tritt von Gesetzes wegen die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen ein.** Diese Verpflichtung tritt von Rechts wegen ein, ohne besondere Abrede und Mahnung (RG. 9, S. 44). Der zeitige Aktionär haftet für die Verzugszinsen, auch wenn die Ausschreibung der Einzahlung stattgefunden hat, bevor er das Aktienrecht erworben hat. Es haftet jedoch für die Verzugszinsen nicht bloß der zeitige Aktionär, sondern auch jeder ins Aktienbuch eingetragene Rechtsvorgänger desselben, und zwar entweder solidarisch mit dem zeitigen Aktionär oder im Falle erfolgter Liberierung nach § 223, Abs. 3 subsidiär nach dem zeitigen Aktionär (vergl. Art. 223 und Renaud, S. 647); in gleichem Umfange haftet der Zeichner, der nicht mehr Mitglied der Gesellschaft ist, für die Verzugszinsen (Renaud a. a. O.). Die Höhe der Verzugszinsen ist sechs Prozent, da Art. 287, Abs. 2, platzgreift (Ring, S. 418; Förtsch, Anm. 3; Cosack, S. 642; anders Behrend, § 120,

Digitized by Google

Anm. 9, der ohne ersichtlichen Grund bloß Abs. 1 und nicht auch den Abs. 2 des Art. 287 anwendet und daher, wenn kein Handelsgeschäft vorliegt, über die Höhe der Zinsen die Landesgesetze entscheiden läßt).

§ 4. (Abs. 2.) 1. **Konventionalstrafen.**

a) **Die Verpflichtung zur Zahlung von Konventionalstrafen tritt ein, wenn der Gesellschaftsvertrag eine solche Verpflichtung vorsieht,** und zwar der ursprüngliche (ROHG. 19, S. 297). Für die Vereinbarung der Höhe der Konventionalstrafe besteht keine gesetzliche Grenze. Das richterliche Mäßigungsrecht des § 1336 ABGB. findet also im Hinblicke auf diese besondere Gesetzesbestimmung jedenfalls keine Anwendung, mag man selbst der von uns bekämpften Ansicht sein, daß es sonst bei Handelsgeschäften durch Art. 284 nicht ausgeschlossen ist (vergl. § 1 zu Art. 284), oder mag Art. 284 überhaupt nicht anwendbar sein (vergl. § 33 zu Art. 208).

§ 5. b) Verzugszinsen und Konventionalstrafen **nebeneinander können** gleichfalls statutarisch vorgesehen werden. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so sind neben der Konventionalstrafe Verzugszinsen nicht zu fordern (abweichend Ring, S. 418; vergl. § 3 zu Art. 284).

§ 6. c) **Weiterer Schade** kann neben der Konventionalstrafe nicht gefordert werden — dies folgt aus der Fassung des Gesetzes — es sei denn, daß das Statut es anordnet (Ring, S. 419). Wer dies nicht gelten lassen will, muß bei Handelsgeschäften, Art. 284, Abs. 3, sonst das bürgerliche Recht entscheiden lassen, nicht wie Förtsch (Anm. 4) stets den Art. 284, Abs. 3. Darüber, daß nach allgemeinem bürgerlichen Gesetzbuche ein die Konventionalstrafe übersteigender Schadenersatz nicht begehrt werden kann, siehe § 3 zu Art. 284.

§ 7. 2. **Die Kaduzierung als Folge der Säumnis des Aktionärs.** Die Gesellschaft ist zwar berechtigt, den mit seinen Einzahlungen säumigen Aktionär durch Klage und Zwangsvollstreckung zur Zahlung anzuhalten, aber sie bedarf eines noch stärkeren Mittels hiezu, schon um bei fruchtloser Zwangsvollstreckung die Möglichkeit anderweitiger Verwertung des Aktienrechtes zu haben und dann aus dem Grunde, weil in den Fällen, in denen die Mitgliedschaft nur an den Besitz eines auf Order oder Inhaber lautenden Interimsscheines gebunden ist, die Klage gar keine praktische Bedeutung hat. Dieses stärkere Mittel ist die Kaduzierung. Dieses Mittel ist aber nicht unmittelbar durch das Gesetz gewährt (anders § 219 d. HGB.), sondern das Gesetz läßt nur derartige Statutenbestimmungen zu; dieselben sind bloß gültig, wenn sie sich im Rahmen der Art. 220 und 221 halten. Sie können sich, wie überhaupt die Vorschriften der Art. 220 bis 223, nur auf den Fall, daß Bareinlagen ausstehen, beziehen, nicht auf Sacheinlagen (vergl. Behrend, § 120, Anm. 13).

§ 8. a) **Voraussetzung des Kaduzierungsverfahrens** ist, daß die Aktiengesellschaft sich im Statute das Kaduzierungsrecht vorbehalten hat und mindestens ein Aktionär säumig ist, das heißt, daß er trotz der nach Art. 221 erlassenen Aufforderung nicht zahlt.

§ 9. b) **Wer hat über die Einleitung des Kaduzierungsverfahrens zu entscheiden?** Es bleibt dem Gesellschaftsvertrage überlassen, darüber Bestimmungen zu treffen, insbesondere den Vorstand oder Aufsichtsrat damit zu betrauen. Oder es kann auch der Generalversammlung überlassen bleiben, darüber Anordnung zu treffen. Ist im Gesellschaftsvertrage nichts bestimmt und enthält sich auch die Generalversammlung einer

Digitized by Google

Anordnung, so hat der Vorstand nach seinem pflichtgemäßen Ermessen darüber zu bestimmen, ob und wann das Kaduzierungsverfahren eingeleitet werden soll.

c) **Die Kaduzierung** besteht in der nach fruchtlosem Ablaufe des für die Einzahlung festgesetzten Termines abgegebenen Erklärung, daß der Aktionär seiner Rechte aus der Aktie und der geleisteten Barzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig wird (OLG. Karlsruhe in GZ. 43, S. 343). Die Erklärung kann mittels öffentlicher Bekanntmachung oder besonderer an die einzelnen Aktionäre gerichteten Erlässe erfolgen. Erst mit Abgabe dieser Erklärung erlischt das Recht der Gesellschaft zu entscheiden, ob sie von dem ihr statutarisch zustehenden Kaduzierungsrechte Gebrauch macht. Vorher hat sie die Wahl, das Kaduzierungsrecht geltend zu machen oder den säumigen Aktionär persönlich zu verklagen. Denn das im Statute eingeräumte Kaduzierungsrecht nimmt der Gesellschaft nicht die Möglichkeit der persönlichen Klage (AdlCl. 603; dagegen AdlCl. 507), soweit überhaupt eine solche Klage praktisch möglich ist (vergl. oben § 7 und Renaud, S. 658). Die Gesellschaft kann auch bezüglich eines Aktionärs für die Anstellung der Klage, bezüglich des anderen für die Ausübung des Kaduzierungsrechtes entscheiden. Auch wenn die Gesellschaft gegen einen säumigen Aktionär die Klage auf Zahlung des Rückstandes bereits erhoben hat, so kann sie noch immer von der Klage abstehen und das Kaduzierungsrecht ausüben. Umgekehrt ist jedoch die persönliche Klage gegen den Aktionär oder die Aktionäre ausgeschlossen, sobald die Gesellschaft mittels öffentlich kundgemachter oder speziell zugestellter Erklärung erklärt hat, daß sie die betreffenden Aktienrechte einziehe; denn in diesem Falle sind die betreffenden Aktienrechte erloschen und damit die Passivlegitimation der Inhaber dieser Rechte für die Klage auf Zahlung des Aktienrückstandes weggefallen (Renaud, S. 659). Solange die Verfallserklärung nicht erfolgt ist, hat es der säumige Aktionär noch immer in der Hand, durch Zahlung des rückständigen Betrages samt Verzugszinsen die Verfallserklärung abzuwenden (Ring, S. 424); nachträglich steht ihm dieses Recht nicht mehr zu. **§ 10.**

d) **Ein besonderes Rechtsmittel gegen das Kaduzierungsverfahren, gegen die Aufforderung zur Einzahlung und Verfallserklärung** ist im Gesetze nicht gegeben. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber folgt, daß der Aktionär eine Klage auf Anerkennung seiner fortdauernden Mitgliedschaft, beziehungsweise auf Rückgängigmachung des Beschlusses und seiner Folgen hat (Behrend, § 120, Anm. 19). Auch schon vor Ablauf der für die Einzahlung festgesetzten Fristen wird man ihm Klage und einstweilige Verfügung zu seinem Schutze gewähren müssen, letztere zur Abwendung der Schwierigkeiten, welche ihm durch die Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber drohen (RG. 27, S. 50). **§ 11.**

e) **Folge der Kaduzierung** ist, daß der ausgeschlossene Gesellschafter sowohl seines Aktienrechtes als auch (vergl. Pinner, S. 110) der Rechte aus den noch nicht fälligen Dividendenscheinen (letztere werden auch dann inhaltlos, wenn sie sich in dritter Hand befinden), als endlich auch seiner bereits geleisteten Einzahlungen verlustig geht. **§ 12.**

Alles weitere ist statutarischer Regelung vorbehalten. Die Statuten können bestimmen, daß die Rechte der Gesellschaft sich damit erschöpfen, daß sie für das verfallene Aktienrecht eine neue Aktienurkunde ausstellt **§ 13.**

Digitized by Google

und sie verkauft[2]) und sich hiedurch für ihre Forderung auf den Aktienrückstand befriedigt, und zwar kann in diesem Falle wieder bestimmt werden, daß Aktionäre, deren Aktien für verfallen erklärt werden, einen Anspruch auf den durch den Verkauf der neuen Aktien erzielten Mehrerlös haben oder daß den Aktionären ein solcher Anspruch nicht zusteht. Auch die Frage, ob durch die erfolgte Kaduzierung die Haftung des Zeichners nicht berührt bleibt oder auf den Ausfall herabgemindert wird oder gänzlich erlischt, ist im Gesetze nicht entschieden, bedarf daher der statutarischen Regelung. Im Zweifel ist ersteres zu verneinen, weil die Vermutung gegen eine an die nämliche Säumnis sich knüpfende doppelte Strafe spricht (Renaud, S. 658). In der angeführten Richtung ist die Freiheit statutarischer Festsetzungen nur dahin beschränkt, daß der Zeichner einer Inhaberaktie zur Zahlung von 40 Prozent unbedingt verpflichtet bleibt und von dieser Verpflichtung auch durch Kaduzierung des Aktienrechtes nicht befreit werden kann (vergl. Art. 222, Z. 2).

§ 14. **Zusatz 1. Die Zahlungen, welche die Gesellschaft infolge der Nebenverpflichtungen der Aktionäre erhält, sind Reingewinn** und daher als Dividende verteilungsfähig, wenn es sich auch allerdings empfiehlt, sie um deshalb, weil sie keine Betriebsgewinne sind, einem Reservekonto zuzuführen. § 53 A. Reg. enthält keine derartige Vorschrift. Denn nach dieser Bestimmung muß in den Reservefonds nur das Agio fließen, das heißt derjenige Betrag, den die Gesellschaft dadurch erzielt, daß der geforderte Ausgabepreis der Aktie mehr als die Normalziffer betrug.

§ 15. **Zusatz 2. Im Konkurse des Aktionärs** ist § 22 KO. nicht anwendbar (dagegen RG. 2, S. 264, in Bezug auf den entsprechenden § 17 d. KO.; in unserem Sinne Renaud, S. 660). Die Aktiengesellschaft hat bereits erfüllt, sie hat dem Zeichner das volle Mitgliedsrecht gewährt, da dieses durch die Eintragung der Gesellschaft entsteht. Hier liegt vielmehr ganz einfach ein Fall der Nichtzahlung vor und es treten die Folgen des Art. 220 ein, aber es hat der Masseverwalter auch das Recht, den Aktienbetrag voll zu zahlen (so überall zutreffend Jäger, KO., Anm. 4 und 5 zu § 17). Im Falle des Konkurses der Aktiengesellschaft muß der Aktionär den gezeichneten Betrag zahlen (§ 6 zu Art. 242), kann aber allerdings auch die Aushändigung der Aktienurkunden, soweit sie in der Masse vorhanden sind, auf Grund des § 26 KO., die Ausfertigung von Urkunden, soweit diese noch nicht erfolgt ist, und die Abtretung des Anspruches auf die Gegenleistung, soweit die Aktien veräußert sind, gemäß § 26 KO. a. E. verlangen (Jäger, Anm. 6 zu § 17 d. KO.).

Artikel 221.

Ist im Gesellschaftsvertrage keine besondere Form, wie die Aufforderung zur Einzahlung geschehen soll, bestimmt, so geschieht dieselbe in der Form, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage überhaupt erfolgen müssen (Art. 209, Z. 11).

Jedoch kann in keinem Falle ein Aktionär seines Anrechtes verlustig erklärt werden, wenn nicht die Aufforderung zur Zahlung mindestens dreimal in den hiezu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 209, Z. 11), das letztemal wenigstens vier Wochen vor dem für die Einzahlungen gesetzten

[2]) Ob so die Gesellschaft die neue Aktie verkaufen muß, darüber siehe § 6 im 3. Exkurse zu Art. 248.

Digitized by Google

Schlußtermine, bekannt gemacht worden ist. Wenn die Aktien auf Namen lauten und ohne Einwilligung der übrigen Aktionäre nicht übertragbar sind, so kann die Bekanntmachung dieser Aufforderung durch besondere Erlässe an die einzelnen Aktionäre statt der Einrückungen in die öffentlichen Blätter erfolgen.

Einleitung.

Der Artikel regelt die Voraussetzungen der bei Säumigkeit des Aktionärs nach Art. 220 von Rechts wegen und kraft statutarischer Anordnungen eintretenden Rechtsfolgen, und zwar ist die Befolgung der Bestimmung des 1. Absatzes Voraussetzung für den Eintritt aller in Art. 220 erwähnten Rechtsfolgen, die Befolgung der Vorschrift des 2. Absatzes (1. Satz) bloß Voraussetzung für die Geltendmachung des im Statute eingeräumten Kaduzierungsrechtes. Abs. 2 (2. Satz) läßt für einen bestimmten Fall eine Ausnahme von den vorangehenden Vorschriften dieses Artikels zu.

§ 1. (Abs. 1.) **Voraussetzung für den Verfall von Zinsen und Konventionalstrafe** ist eine Aufforderung zur Einzahlung der rückständigen Aktienbeträge.

a) Dieselbe erfolgt durch die Gesellschaftsorgane und wird nicht, wie Behrend, § 120, Anm. 7, annimmt, ersetzt durch die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über bestimmte Zahlungstermine. Denn der Gesellschaftsvertrag wird durch das Gericht publiziert, hier aber handelt es sich um eine Publikation der Gesellschaft. Daß aber hier die vorgesehenen schweren Folgen ohne irgendwelche Aufforderung eintreten sollen, ist nicht anzunehmen. Das Gesetz geht schon weit genug, indem es eine besondere Aufforderung für nicht nötig hält. Auch die im Zeichenschein enthaltene Bestimmung der Zahlungstermine (vergl. § 6, Abs. 2 A. Reg.) reicht nicht aus.

b) Sie erfolgt von allen Aktionären derselben Gattung gleichmäßig (Ring, S. 417; Behrend, § 120, Anm. 8).

c) Die Form ist die der gewöhnlichen Gesellschaftspublikation. Daß die Unterschrift des Vorstandes dabei fehlt, hat das Reichsgericht für unerheblich erklärt (Bolze 5, Nr. 755), wie es auch im übrigen in diesem Urteil für entschieden erachtet hat, daß die Bekanntmachung deutlich genug ist, damit der Aktionär ersehen könne, sie beziehe sich auf ihn und seine Aktien. In jenem Falle waren in der Bekanntmachung die Aktien mit Nummern bezeichnet, der betreffende Aktionär aber hatte eine Interimsquittung ohne Nummern erhalten. Gleichwohl hatte dies das Reichsgericht für genügend erachtet, weil der Aktionär tatsächlich der Publikation entnommen hatte, daß die Aufforderung auch ihm gelte.

d) Die Fristen, wann die Einforderungen erfolgen, sind entweder im Gesellschaftsvertrage enthalten, oder die Generalversammlung bestimmt sie, oder sie überträgt die Bestimmung dem Aufsichtsrate. Sonst sind sie dem Gesellschaftsvorstande nach seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, und es ist der Einwand nicht zulässig, daß die Einforderung für die Gesellschaftsbedürfnisse nicht erforderlich sei (Ring, S. 417; vergl. auch Behrend, § 120, Anm. 7).

§ 2. (Abs. 2, Satz 1.) **Voraussetzung für die Geltendmachung des im Statute vorbehaltenen Kaduzierungsrechtes** ist überdies:

a) Dreimalige Wiederholung der im 1. Absatze vorgeschriebenen Aufforderung. Die Aufforderung muß dreimal in allen Gesellschaftsblättern

Digitized by Google

publiziert sein. Eine Frist zwischen den einzelnen Bekanntmachungen ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Doch muß irgendein Zeitraum dazwischen liegen, weil sonst nicht verschiedene Bekanntmachungen vorliegen. Ein Zeitraum von einem Tage genügt.

b) Die letzte Kundmachung muß mindestens vier Wochen vor dem für die Einzahlung festgesetzten Termine erfolgt sein. Ist dies nicht der Fall, so kann die Kaduzierung nicht erfolgen, auch nicht nach Ablauf von vier Wochen seit der letzten Publikation. Es müssen vielmehr alle drei Kundmachungen wiederholt werden und die letzte muß abermals vier Wochen vor dem Schlußtermine für die Einzahlung stattgefunden haben.

c) Die Aufforderungen zur Einzahlung müssen keine Androhung der Kaduzierung enthalten (anders § 219, Abs. 1, d. HGB.). Es genügt, daß das Statut die Kaduzierung vorsieht.

§ 3. (Abs. 2, Satz 2.) 1. Von der Einrückung in die öffentlichen Blätter kann unter einer bestimmten Voraussetzung abgesehen werden, und zwar sowohl von der im 1. Absatze vorgeschriebenen einmaligen als auch von der im 2. Absatze vorgeschriebenen dreimaligen Einrückung.

2. Die Voraussetzung, unter der von der öffentlichen Aufforderung abgesehen werden kann, besteht darin, daß die Aktien auf Namen lauten und ohne Einwilligung der Gesellschaft — das Gesetz sagt ungenau „der übrigen Aktionäre" — nicht übertragbar sind. Der Wortlaut des Gesetzes ist hier enger und weiter als sein Sinn. Er ist weiter, denn es genügt zunächst zweifellos, um von der öffentlich kundgemachten Aufforderung absehen zu können, daß diejenigen Aktien auf Namen lauten, die vor der Vollzahlung ausgegeben werden. Der Wortlaut des Gesetzes ist wiederum zu enge, denn es kann nicht genügen, daß die Aktien auf Namen lauten, sondern es ist erforderlich, daß die nicht vollbezahlten Aktienurkunden selbst ausgegeben werden, denn solange statt der Namenaktien Interimsscheine oder Promessen ausgestellt sind, werden dieselben durch ein Verbot der Übertragung der Aktien ohne Einwilligung der Gesellschaft nicht getroffen. Daher sind der Gesellschaft ihre jeweiligen Mitglieder, an die sie die Aufforderung zur Einzahlung zu richten hat, unbekannt. Eine Ausnahme kann nur für den Fall zugestanden werden, daß die Statuten die Übertragung der Rechte aus der Zeichnung (vor Ausstellung der Aktie) an die Zustimmung der Gesellschaft knüpfen.

3. Die öffentliche Kundmachung kann bloß durch besondere Erlässe an die einzelnen Aktionäre ersetzt werden. Die Erlässe müssen so oft zugestellt werden, als die öffentliche Aufforderung kundgemacht werden muß, also um die Verzugszinsen und die Konventionalstrafe fällig zu machen, einmal, um das Kaduzierungsrecht ausüben zu können, dreimal, und die vierwöchentliche Frist zwischen der letzten Aufforderung und dem letzten Schlußtermine für die Einzahlung muß ebenfalls beobachtet werden, wenn das Kaduzierungsrecht geltend gemacht werden soll. Eine besondere Form der an die einzelnen Aktionäre zu richtenden Zuschriften ist nicht vorgeschrieben. Ein rekommandierter Brief wird hiefür am geeignetsten sein. Die Aktionäre, an welche die Erlässe zugestellt werden, brauchen nicht mit Namen genannt zu sein; die Angabe der Aktiennummern genügt (vergl. Ring, S. 422; Behrend, § 120, Note 16).

§ 4. Zusatz. Als allgemeine Voraussetzung für den Eintritt der im Art. 220 vorgesehenen Rechtsfolgen muß aber auch der Verzug des

Digitized by Google

betreffenden Aktionärs aufgestellt werden. Hinsichtlich der Verzugszinsen ergibt sich dies daraus, daß das Gesetz diesen Ausdruck gebraucht.[1]) Die Worte „von Rechts wegen" wollen nur sagen, daß es einer besonderen Mahnung des Aktionärs nicht bedarf (P. 334). Hinsichtlich der statutenmäßig festgesetzten Konventionalstrafe ergibt sich die Voraussetzung der schuldhaften Verzögerung aus den allgemeinen Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über den Verfall der Konventionalstrafe (vergl. § 6 zu Art. 284). Daraus folgt aber auch, daß die Ausübung des Kaduzierungsrechtes ebenfalls an schuldhafte Säumnis geknüpft ist. Denn mag man in der statutarischen Festsetzung dieses Rechtes auch nicht die Vereinbarung der Konventionalstrafe erblicken (AdlCl. 603 erblickt hierin die Vereinbarung einer Konventionalstrafe), so können die Voraussetzungen für den Eintritt dieses schwersten den säumigen Aktionär betreffenden Nachteiles doch keine geringeren sein, als sie für den Eintritt der geringeren, im Gesetze oder im Statute angedrohten Säumnisfolgen sind.[2]) Zu bemerken ist jedoch, daß den Exkulpationsbeweis der säumige Aktionär zu führen hat (vergl. § 6 zu Art. 284) und daß Unkenntnis der öffentlichen Aufforderung zur Einzahlung keinen Entschuldigungsgrund bilden kann. Das Gesetz erblickt eben in der gehörig kundgemachten öffentlichen Aufforderung einen Ersatz für die besondere Mahnung und auf die Möglichkeit der unentschuldbaren Unkenntnis ist hier im Gegensatze zu Art. 25 und 46 kein Bedacht genommen. Selbstverständlich ist schließlich, daß durch besondere Bestimmung der Statuten der Eintritt der den säumigen Aktionär treffenden Rechtsnachteile von einer entschuldbaren Verzögerung unabhängig gemacht werden kann.

Artikel 222.

Wenn die Aktien oder Aktienanteile auf Inhaber gestellt werden, so kommen folgende Grundsätze zur Anwendung:

1. Die Ausgabe der Aktien darf vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrages derselben nicht erfolgen; ebensowenig dürfen über die geleisteten Partialzahlungen Promessen oder Interimsscheine, welche auf Inhaber lauten, ausgestellt werden.

2. Der Zeichner der Aktie ist für die Einzahlung von 40 Prozent des Nominalbetrages der Aktie unbedingt verhaftet; von dieser Verpflichtung kann derselbe weder durch Übertragung seines Anrechtes auf einen Dritten sich befreien, noch seitens der Gesellschaft entbunden werden; wird der Zeichner der Aktie wegen verzögerter Einzahlung seines Anrechtes aus der Zeichnung verlustig erklärt (Art. 220), so bleibt er demungeachtet zur Einzahlung von 40 Prozent des Nominalbetrages der Aktie verpflichtet.

3. Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß und unter welchen Maßgaben nach erfolgter Einzahlung von 40% die Befreiung des

[1]) § 218 d. HGB. hat hauptsächlich deshalb, um anzudeuten, daß die Fälligkeit der Verzugszinsen von einem Verschulden des Aktionärs nicht abhängig ist, den Ausdruck „Verzugszinsen" vermieden.

[2]) Gegen unsere Ansicht kann Renauds Autorität nicht geltend gemacht werden, denn derselbe (S. 654) begründet seine Ansicht, daß die Rechtsnachteile des Art. 220 ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Aktionärs eintreten, damit, daß der Verfall der Konventionalstrafe eine mora nicht voraussetzt. Dieser Rechtssatz trifft aber für das österreichische Recht nicht zu.

Digitized by Google

Zeichners von der Haftung für weitere Einzahlungen zulässig sei, und daß im Falle der eingetretenen Befreiung über die geleisteten Einzahlungen Promessen oder Interimsscheine, welche auf Inhaber lauten, ausgestellt werden dürfen.

Einleitung. Dieser Artikel stellt einige Rechtssätze auf, welche zur Anwendung gelangen, wenn **Aktien auf Inhaber** ausgegeben werden. Vorerst ist zu bemerken, daß in diesem Artikel die Haftung des Zeichners für den Aktienbetrag nicht ausgesprochen, sondern vorausgesetzt wird (Renaud, S. 633). Die Haftung des Zeichners ergibt sich vielmehr aus der rechtlichen Natur des durch die Aktienzeichnung entstandenen Rechtsverhältnisses (vergl. § 32 zu Art. 208). Der Inhalt des vorliegenden Artikels ist der folgende: Er enthält das Verbot der Ausgabe von Aktienurkunden und Promessen und Interimsscheinen auf den Inhaber, bevor der Betrag der Aktie vollständig eingezahlt ist (Z. 1), erklärt den Rechtssatz von der Haftung des Aktienzeichners für den Aktienbetrag in gewissem Umfange für zwingendes Recht (Z. 2) und gewährt die Möglichkeit, durch statutarische Bestimmungen Abweichungen von den in Z. 1 und Z. 2 enthaltenen Bestimmungen zu schaffen (Z. 3).

§ 1. 1. (Z. 1.) **Das Verbot der Ausgabe von Wertpapieren auf den Inhaber vor Vollbezahlung der Aktien.**

a) Aktien oder Aktienanteile, die auf den Inhaber lauten, dürfen vor Vollbezahlung des Aktienbetrages nicht ausgegeben werden. Daß Aktien vor vollständiger Bezahlung des Aktienbetrages nicht ausgegeben werden dürfen, hat seinen Grund darin, daß das Gesetz grundsätzlich den zeitigen Aktionär für den Aktienbetrag haften läßt. Um die Haftung des zeitigen Aktionärs nicht illusorisch zu machen, bedurfte es des Verbotes der Ausgabe von Inhaberaktien vor deren Vollzahlung. Die Bestimmung, daß Inhaberaktien vor Zahlung des ganzen Nominalbetrages nicht ausgegeben werden dürfen, ist ebenso wie die des Art. 223, Abs. 2 (vergl. hiezu Art. 223) zwingendes Recht. Schon aus dieser Bestimmung läßt sich für das bestehende Recht das Verbot der Unterpari-Emission ableiten (Nissen in GZ. 20, S. 100; Geiger in Busch Archiv, Bd. 26, S. 24; Randa II., S. 99; anscheinend zust. Lehmann II., S. 234 und, soweit das Statut nicht anders bestimmt, zust. Anschütz-Völderndorff II., S. 510; weitere Literatur über diese Frage in Mot. zum Aktiengesetz von 1884, S. 203). § 28, Abs. 4 A. Reg. verlangt, daß das Statut ausdrücklich die Ausgabe von Aktien unter dem Nennbetrage für unzulässig erklärt.[1]) Im Falle einer Emission über pari ist das hier ausgesprochene Verbot dahin auszudehnen, daß Inhaberaktien vor Bezahlung des den Nominalbetrag übersteigenden Ausgabekurses nicht ausgegeben werden dürfen. Da die Ausgabe von Inhaberaktien vor Vollbezahlung des Aktienbetrages schon nach dem Gesetze ausnahmslos verboten ist, so kann sich die Bestimmung des § 28, Abs. 5 A. Reg., daß Aktien „in der Regel" vor der Ausgabe voll einzubezahlen sind, nur auf Namenaktien beziehen.

[1]) In der Praxis sind Emissionen unter pari vielfach in Übung (vergl. Reisch und Kreibig II., S. 24), insbesondere bei Transportunternehmungen, bei denen tatsächlich ein wirtschaftliches Bedürfnis nach Zulassung der Emission unter pari vorliegt (vergl. Gutachten der Wiener Börsekammer zur Frage 21 des Fragebogens). Wenn Zeichnungen unter pari vorkommen, so sind sie nicht ungültig und der Zeichner kann auch nicht zur Leistung des Nennbetrages verhalten werden (Nissen a. a. O.). Die Staatsverwaltungsbehörde kann aber

Digitized by Google

b) **Interimsscheine und Promessen.** **§ 2.**

Unter den Interimsscheinen und Promessen im Sinne dieses Artikels sind nur solche zu verstehen, in welchen die Gesellschaft das Mitgliedsrecht provisorisch bestätigt vor Ausgabe der Aktienbriefe (RG. 31, S. 31; vergl. Lehmann I., S. 214; Denkschrift, S. 146). Entspricht der Schein diesen Erfordernissen, so kommt es auf die Bezeichnung desselben nicht an. Hienach fallen bloße Quittungen über gezahlte Einlagebeträge nicht darunter, auch wenn sie Interimsscheine genannt werden sollten; wohl aber sogenannte „Quittungsbogen", wie sie im Verkehr üblich sind, in denen nicht nur über die Zahlung quittiert, sondern gleichzeitig der Bezug der Aktie zugesichert oder sonst das Anteilsrecht zum Ausdrucke gelangt ist (RG. 22, S. 118; 30, S. 18). Es fallen darunter ferner nicht Scheine, in denen zwar der Aktienbezug zugesichert wird, aber nicht von der Gesellschaft, sondern von den Gründern. Ob die Ausgabe wirklicher Interimsscheine die Existenz der Gesellschaft voraussetzt, darüber vergl. Zusatz zu Art. 211.

Der Interimsschein braucht den Betrag der geleisteten Einzahlungen nicht zu enthalten. § 28, letzter Abs., A. Reg. schreibt dies auch nur für diejenigen Interimsscheine vor, die an Stelle der Inhaberaktien vor deren Vollzahlung ausgegeben werden. Meist wird der Interimsschein aber diese Angaben enthalten.

Der Interimsschein kann auch über mehrere Anteilsrechte lauten (RG. 22, S. 118; dagegen Pinner, S. 8). Die von Pinner vermißte Begründung unserer Ansicht liegt darin, daß der Interimsschein das Mitgliedsrecht nur provisorisch bestätigt.

Die materielle Bedeutung des Interimsscheines anlangend, so ist zu bemerken, **daß der Interimsschein das volle Mitgliedsrecht gewährt** (RG. 5, S. 193; 36, S. 40): volles Stimmrecht, volles Dividendenrecht, volles Recht auf die Liquidationsraten (RG. 33, S. 17). Auch ist der Interimsschein ein Wertpapier, wie die Aktie (RG. 31, S. 31; 36, S. 38). Dennoch sind Aktien und Interimsscheine nicht fungible Dinge. Wer seiner Einlagepflicht voll genügt hat, kann Aktien verlangen, und wer zur Lieferung von Aktien verurteilt ist, genügt dem Urteile nicht, wenn er sich zur Lieferung von Interimsscheinen erbietet (Bolze 1, Nr. 1188).

Die Begriffe Interimsschein und Promesse sind nicht genau voneinander geschieden; das Gesetz scheint sie hier auch als identisch zu gebrauchen. Gewöhnlich spricht man von einer Aktienpromesse, wenn in dem Scheine, der das Mitgliedschaftsrecht vorläufig bestätigt oder den Aktienbetrag zusichert, nicht gleichzeitig auch eine Teilzahlung bestätigt ist (Anschütz-Völderndorff II., S. 412).

---

unter gewissen Umständen die Genehmigung der Gesellschaft verweigern, und der Registerrichter wird unter Umständen die Eintragung der Gesellschaft zurückweisen müssen, da diese Zeichnungen keinen Beleg für die Aufbringung des Grundkapitals bilden (vergl. § 9 zu Art. 210). § 184 d. HGB. enthält das ausdrückliche Verbot der Unterpari-Emission. Für die künftige österreichische Aktiengesetzgebung wird die Erlassung einer gleichen gesetzlichen Bestimmung befürwortet vom Gutachten der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer zu Frage 21 des Fragebogens, während sich das Gutachten des niederösterreichischen Gewerbevereines und der Wiener Börsekammer für die ausnahmsweise Zulassung der Unterpari-Emission, wenn dieselbe durch die Natur des betreffenden Unternehmens wirtschaftlich geboten ist, ausspricht. Die Ausgabe von Aktien zu einem höheren Betrage als dem Nennbetrage (§ 53, Z. 2 AReg.) ist selbstredend zulässig (Randa II., S. 100).

Digitized by Google

Vor Vollzahlung des Aktienbetrages dürfen auf den Inhaber lautende Interimsscheine oder Promessen nicht ausgestellt werden. § 28, letzter Absatz, A. Reg. bestimmt: „Die Interimsscheine haben in der Regel auf Namen zu lauten". Diese Bestimmung, die sich — wie aus dem Zusammenhange des Verordnungstextes hervorgeht — auf Interimsscheine, die vor Vollzahlung der Aktien ausgegeben werden, bezieht, beruht wohl bloß auf einer unglücklichen Stilisierung. Denn wenn die Aktien auf Inhaber lauten, so ist die Ausgabe von Interimsscheinen auf den Inhaber vor voller Bezahlung des Aktienbetrages ausnahmslos verboten (Landauer, S. 64, Anm. 1).

§ 3. c) **Die Folge der Übertretung** des in Art. 222, Z. 1, ausgesprochenen Verbotes ist nicht Nichtigkeit der rechtswidrig ausgegebenen Urkunden; denn diese ist im Gesetze nirgends angedroht und das Wort „dürfen" spricht eher gegen die Annahme einer Nichtigkeit. Auch kann nicht Art. 173, Abs. 3, analog angewendet werden, denn bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien sind Mitgliedschaftsurkunden auf den Inhaber schlechtweg verboten (Renaud, 2. Aufl., S. 725). Hingegen haften Vorstandsmitglieder der Gesellschaft für den Schaden, den die rechtswidrige Ausgabe von Urkunden auf den Inhaber nach sich zieht, z. B. wenn der Aktienbetrag vom Zeichner nicht eingeht (Art. 241).

§ 4. 2. (Z. 2.) **Die Haftung des Zeichners für eine bestimmte Quote[2]) des Nominalbetrages der Aktie ist zwingendes Recht.** Die grundsätzliche Haftung des Zeichners für den gezeichneten Betrag ist hier vorausgesetzt (vergl. oben Einleitung). Da aber diese Haftung bloß gegenüber der Gesellschaft besteht, so könnte sie auch die Gesellschaft erlassen (darüber, ob hierin eine Rückzahlung des Grundkapitals gelegen ist, siehe § 6 zu Art. 248). Dem tritt das Gesetz hier entgegen, indem es den Zeichner für eine bestimmte Quote des Nominalbetrages der Aktie für unbedingt haftbar erklärt. Die Quote ist vom Nominalbetrage zu berechnen, auch im Falle einer unzulässigen Unterpari-Emission, aber auch nur vom Nominalbetrage, wenn der Ausgabekurs der Aktien den Nominalbetrag übersteigt. Eine vor Zahlung der gesetzlich fixierten Quote erfolgte Befreiung durch Beschluß der Generalversammlung ist daher auch der Gesellschaft gegenüber unwirksam, ebenso wie eine Statutenbestimmung, die der Gesellschaft ein solches Recht einräumen würde. Die Bestimmung, daß der Zeichner sich auch nicht durch Abtretung seines Anteilsrechtes an einen Dritten befreien kann, ist überflüssig. Denn sofern die Abtretung in der Weise geschieht, daß die Gesellschaft den neuen Schuldner anstatt des ersten Zeichners annimmt, ist dessen Befreiung durch den folgenden Satz ausgeschlossen. Sofern aber die Gesellschaft eine solche Erklärung nicht abgibt, ergibt sich die Unmöglichkeit, daß sich der Zeichner durch Abtretung seines Anteiles von seiner Einlagepflicht befreit, daraus, daß niemand auf seine Pflichten verzichten kann!

Bei § 13 zu Art. 220 wurde erwähnt, daß die Wirkung der erfolgten Kaduzierung des Aktienrechtes bei Säumnis des zeitigen Aktionärs mit der Zahlung des Aktienbetrages im Statute verschieden geregelt werden kann, insbesondere, daß es dem Statute überlassen bleibt, festzusetzen, ob eine Haftung für den erlittenen Ausfall stattfindet und wen sie trifft.

[2]) Das Handelsgesetzbuch setzt diese Quote mit 40% fest. Nach § 35 EinfG. zum HGB. kann jedoch die Verwaltungsbehörde diese Quote auf 25% herabsetzen.

Digitized by Google

In Art. 222, Z. 2, ist der Freiheit statutarischer Festsetzung insoferne eine Grenze gesetzt, als trotz Kaduzierung des Aktienrechtes der Aktienzeichner für den Ausfall bis zur Höhe der gesetzlich fixierten Quote des Aktiennennbetrages unbedingt verhaftet bleiben muß. Von der Haftung für den diesen Betrag übersteigenden Ausfall kann der Zeichner einer Inhaberaktie für den Fall der Kaduzierung des Aktienrechtes befreit werden.

3. (Z. 3.) a) **Das Statut kann gestatten, daß nach Einzahlung von 40 Prozent (mit Genehmigung der Verwaltungsbehörde von 25 Prozent) des Nominalbetrages** der Zeichner von weiteren Einzahlungen befreit werden kann. Der Schwerpunkt dieser Bestimmung liegt in den Worten „der Gesellschaftsvertrag". Denn daß eine Befreiung des Zeichners, der die gesetzlich normierte Quote des Minimalbetrages gezahlt hat, von weiteren Zeichnungen überhaupt möglich ist, ergibt sich daraus, daß ja die Verpflichtung des Zeichners gegenüber der Gesellschaft besteht, und arg. a contrario aus Art. 222, Z. 2, wo nur die Befreiung von der Zahlung der 40 Prozent (beziehungsweise 25 Prozent) des Nominalbetrages für unbedingt unzulässig erklärt wird. Der Sinn der Bestimmung ist also der, daß auch nach Zahlung eines Betrages von 40 Prozent (beziehungsweise 25 Prozent) nicht einfach der Vorstand oder die Generalversammlung den Zeichner von weiteren Einzahlungen befreien kann, sondern daß eine solche Befreiung im Statute vorgesehen sein muß (RÖHG. 10, S. 51). Das Statut kann die Befreiung des Zeichners von weiteren Einzahlungen nicht schlechtweg an die erfolgte Einzahlung der gesetzlichen Quote des Nennbetrages knüpfen; es müssen die weiteren Bedingungen festgesetzt werden, unter denen eine solche Befreiung eintritt, also entweder Beschluß eines Gesellschaftsorganes oder Abtretung des Anteilsrechtes (vergl. Renaud, 2. Aufl., S. 722), es kann aber nicht einfach als Bedingung für den Eintritt der Befreiung festgesetzt werden, daß der Zeichner eine solche verlangt. § 5.

b) **Das Statut kann bestimmen, daß nach erfolgter Zahlung der gesetzlichen Minimalquote des Nennbetrages über die geleisteten Teilzahlungen Promessen oder Interimsscheine auf den Inhaber ausgegeben werden.** Hierin liegt eine wesentliche Einschränkung der Vorschrift der Z. 1. Notwendig ist, daß eine solche Bestimmung bereits im Statute enthalten ist. Die Gesellschaftsorgane haben ohne eine solche Statutenbestimmung nicht das Recht, nach Zahlung von 40 Prozent (beziehungsweise 25 Prozent) des Nennbetrages Promessen oder Interimsscheine auf den Inhaber auszustellen, andrerseits sind sie infolge einer Statutenbestimmung im Sinne der in Rede stehenden Gesetzesstelle auch nicht zur Ausstellung solcher Urkunden gegenüber dem Zeichner verpflichtet. Es erscheint auch unzulässig, daß dies das Statut bindend vorschreibt und auf diese Weise für die Zukunft dem freien Ermessen der Gesellschaftsorgane eine Schranke setzt. Denn eine Entscheidung, ob es im Interesse der Gesellschaft gelegen ist, vor vollständiger Einzahlung der Aktien Interimsscheine und Promessen auf den Inhaber auszugeben, kann im vorhinein nicht in sachgemäßer Weise getroffen werden. Nur die Ausgabe von Interimsscheinen und Promessen auf den Inhaber kann im Statute nach Zahlung von 40 Prozent (beziehungsweise 25 Prozent) des Nominalbetrages für zulässig erklärt werden, nicht die Ausgabe von auf den Inhaber lautenden Aktientitres selbst, sofern der Aktien- § 6.

Digitized by Google

betrag noch nicht vollständig berichtigt ist. Die Vorschrift, daß vor vollständiger Berichtigung des Aktienbetrages Aktienurkunden selbst, die auf den Inhaber lauten, nicht ausgegeben werden dürfen, ist eine ausnahmslose.

§ 7. c) **Wer haftet für den restlichen Aktienbetrag**, wenn nach Zahlung von 40 Prozent (bezw. 25 Prozent) des Nominalbetrages der Zeichner von weiteren Zahlungen zulässigerweise befreit würde? Derjenige, der durch Besitz des Interimsscheines oder der Promesse, mag sie nun auf Inhaber oder Namen lauten, Mitglied der Gesellschaft geworden ist. Das Gesetz will ja an dieser Stelle bloß von der aus der Zeichnung entstehenden Verpflichtung des Zeichners, nicht aber von der auf der Mitgliedschaft beruhenden Verpflichtung des zeitigen Aktionärs sprechen (a. M. Randa II., S. 165, der grundsätzlich eine persönliche Verpflichtung des Rechtsnachfolgers des liberierten Aktienzeichners in Abrede stellt). Freilich ist die Haftung der jeweiligen Inhaber der Interimsscheine und Promessen in der Praxis keine persönliche, da ja die Mitglieder, die diese Eigenschaft durch die in ihren Händen befindlichen Urkunden erlangen, der Gesellschaft in der Regel unbekannt sind und ihr Mitgliedschaftsrecht jeden Augenblick weitergeben können. Aber diese Haftung auf Grund der Mitgliedschaft steht unter der Sanktion des Art. 220, Abs. 2 (vergl. Renaud, S. 638; Blaschke-Pitreich, S. 211; zustimmend Randa a. a. O.). Dieses Präjudiz, wenn es sich die Gesellschaft im Statute vorbehalten hat, muß sich auch der befreite Aktienzeichner gefallen lassen, wenn er sich nach der Befreiung noch oder wieder im Besitze seines Mitgliedschaftsrechtes befindet; denn er ist im Zweifel bloß von seiner persönlichen Haftung befreit.

Artikel 223.

Wenn die Aktien auf Namen lauten, so kommen die bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen über die Eintragung der Aktien in das Aktienbuch der Gesellschaft und über die Übertragung derselben auf andere (Art. 182, 183) auch hier zur Anwendung.

Solange der Betrag der Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, wird der Aktionär durch Übertragung seines Anrechtes auf einen andern von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt und ihn der Verbindlichkeit entläßt.

Auch in diesem Falle bleibt der austretende Aktionär auf Höhe des Rückstandes für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch auf ein Jahr, vom Tage des Austrittes an gerechnet, subsidiarisch verhaftet.

(Artikel 182.) *)

Die Aktien oder Aktienanteile sind unteilbar.

Sie müssen mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen,

*) Literatur: Kostanecki, Das Aktienindossament (Berlin, 1900).

Digitized by Google

Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden.

Sie können, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt, ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf andere Personen übertragen werden.

Die Übertragung kann durch Indossament geschehen.

In betreff der Form des Indossaments kommen die Bestimmungen der Art. 11 bis 13 der allgemeinen deutschen Wechselordnung zur Anwendung.

I. Die Erläuterung des Absatzes 1 erledigt sich durch die angeschlossene Erläuterung der Art. 182 und 183. Einleitung.

Der Artikel trifft Sonderbestimmungen über die Übertragung der Namenaktie. Während bei Inhaberaktien die Person des Aktionärs für die Gesellschaft kein Interesse hat, weil der bloße Besitz der Gesellschaft gegenüber legitimiert, ist bei Aktien, die auf Namen lauten, der Name des Aktionärs von erheblichem rechtlichen Interesse. Bei Namenaktien gilt nur der ursprüngliche Zeichner der Aktie oder derjenige, der sich unter dem Nachweis des Erwerbes der Aktie in das Aktienbuch hat eintragen lassen, der Gesellschaft gegenüber als Aktionär. Zur Ausführung dieses Grundgedankens dienen die Art. 182 und 183.

1. **Das Aktienbuch.** Zunächst wird die allgemeine Anordnung gegeben, daß jede Aktiengesellschaft, welche Namenaktien[1]) ausgibt, ein Aktienbuch zu führen hat, in welches die Aktionäre mit genauer Bezeichnung einzutragen sind. Nach § 25, Abs. 3 A. Reg. muß die Verpflichtung zur Führung eines Aktienbuches im Statute vorgesehen sein. Das Aktienbuch gehört nicht zu den Handelsbüchern im Sinne der Art. 29 ff., da es nicht dazu bestimmt ist, die Handelsgeschäfte der Gesellschaft zu verzeichnen und die Lage ihres Vermögens ersichtlich zu machen, sondern zu den „übrigen erforderlichen Aufzeichnungen" des Art. 32, Abs. 1 (Lehmann-Ring I., S. 449; a. M. Förtsch, Anm. 2). § 1.

2. **Die Übertragung der Namenaktie.** § 2.

a) Sie erfordert regelmäßig nicht die Einwilligung der Gesellschaft, nur ausnahmsweise, wenn der Gesellschaftsvertrag dies anordnet. Die Bestimmung, daß zur Übertragung der Aktien Einwilligung der Gesellschaft erforderlich ist, muß nicht ausdrücklich erfolgen. Auch ein im Statute für den Verkauf der Aktien vorbehaltenes Vorkaufsrecht der Gesellschaft hat die gleiche Wirkung und berechtigt die Aktiengesellschaft, dem Erwerber einer Aktie, die ohne Verständigung der Gesellschaft veräußert wurde, die Eintragung ins Aktienbuch zu verweigern (AdlCl. 1783). Gegen schikanöse Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung gewährt das Gesetz kein Mittel (anders § 77 GmbHG). Über Exekution auf Aktien, deren Übertragbarkeit an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, vergl. § 9 zu Art. 183. Im Zweifel ist nur die Zustimmung des Vorstandes erforderlich, es sei denn, daß statutarisch etwas

[1]) Auch bei Ausgabe von Inhaberaktien pflegen die Aktiengesellschaften ein Aktienbuch zu führen, in welches die ausgegebenen Aktien mit ihren Nummern eingetragen, wesentliche Rechtsveränderungen vermerkt (Umwandlung in Vorzugsaktien) und erloschene Aktienrechte (zurückgekauft, zurückgezahlt) gelöscht werden. Als notwendiges Handelsbuch ist dies aber nicht zu betrachten (siehe oben § 1).

Digitized by Google

anderes bestimmt wäre. Das Aktienregulativ schreibt im § 25, Abs. 3, vor, daß in dem Falle, daß die Namenaktien nur mit Einwilligung der Gesellschaft übertragen werden dürfen, das Statut bestimmen muß, ob der Vorstand allein zur Erteilung dieser Einwilligung berufen ist oder ob er an die Genehmigung anderer gesellschaftlicher Organe gebunden ist. Auch sonstige Beschränkungen der Übertragbarkeit, wie z. B. die Beschränkung auf Familienmitglieder oder auf Mitglieder eines bestimmten Vereines (z. B. A. G. Logenhaus in Berlin) oder gar das absolute Veräußerungsverbot, können zwar gültig getroffen werden (Behrend, § 119, Anm. 6), aber nur durch Festsetzung im Gesellschaftsvertrage; sonst haftet diese Eigenschaft der Aktie selbst nicht an, sondern begründet nur eine persönliche Verpflichtung (Bolze 3, Nr. 801). Aber eines Vermerkes auf der Aktie bedarf es nicht (Lehmann-Ring I., S. 451; Behrend, § 119, Anm. 8). Eine gegen die Festsetzung des Gesellschaftsvertrages erfolgte Veräußerung der Aktie ist nichtig, das heißt, sie überträgt nicht das Eigentum, kann höchstens als pactum de cedendo in Betracht kommen.

§ 3. b) Die Übertragung erfolgt regelmäßig durch unbeglaubigte Zession oder ungeblaubigtes Indossament; daß erstere zulässig ist, ergibt Abs. 4 (Behrend, § 119 bei Anm. 21). Vergl. aber Art. 183, I., § 8.

Zulässig ist die Form des Indossaments. Durch die Zulässigkeit desselben wird die Namenaktie zum Orderpapier (Unvollkommenes Orderpapier, vergl. Gierke, d. Pr. R. II., S. 144). Das Indossament kann, wie die Bezugnahme auf Art. 11 bis 13 WO. ergibt, auf Namen oder auf Inhaber lauten. Dadurch nähert sich die Namenaktie der Inhaberaktie, kommt ihr aber nicht gleich, da ja der Gesellschaft gegenüber immer nur der in das Aktienbuch Eingetragene als Aktionär gilt.

§ 4. c) **Weiter ist erforderlich das Recht und der Wille**, das Eigentum an der Aktie zu übertragen (RG. 22, S. 183; Ring, Anm. 2; Behrend, § 119, Anm. 18). Die rechtlichen Wirkungen des Indossaments, insbesondere die Regreßverpflichtung des Indossanten, treten nicht ein. Die hierüber lautenden Bestimmungen der Wechselordnung sind nicht für anwendbar erklärt. Das Gleiche gilt von Art. 74 WO. Der gutgläubige Indossatar ist daher nicht ohne weiteres geschützt, soweit nicht andere Schutzvorrichtungen Platz greifen (Art. 306 HGB., § 367 ABGB.). Vergl. ebenso Ring, Anm. 8, auch oben § 4 und Lehmann II., S. 97; a. M. Randa II., S. 162.[2]) Was den Willen, Eigentum zu übertragen, betrifft, so ist dies Erfordernis allerdings aufzustellen. Doch ist zu bemerken, daß der Dritte ohne besonderes rechtliches Interesse den mangelnden Eigentumsübertragungswillen angesichts einer formell gültigen Übertragung nicht rügen kann, wie dies das Reichsgericht auch hinsichtlich der Zession von Forderungen ausgesprochen hat (RG. 25, S. 207). Auch der Gesellschaft steht diese Rüge nicht zu (vergl. § 1 zu Art. 183).

§ 5. d) **Endlich ist erforderlich die Übertragung des Eigentums, insbesondere des Besitzes an der Aktienurkunde** (Behrend, § 119, Anm. 16, 17 und 21).

---

[2]) § 222, Abs. 3 d. HGB. hat auf die Übertragung der Namenaktien durch Indossament auch die Vorschriften des Art. 36, Satz 1 bis 4 und des Art. 74 WO. für anwendbar erklärt.

Digitized by Google

(Artikel 183.)

Wenn das Eigentum der Aktie auf einen andern übergeht, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Überganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu bemerken.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigentümer der Aktien angesehen, welche als solche im Aktienbuche verzeichnet sind.

Zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Einleitung.

Der Artikel beschäftigt sich mit der Eintragung des Aktienerwerbers in das Aktienbuch, ein Akt, durch welchen der Erwerber der Gesellschaft gegenüber die Stellung des Aktionärs erlangt. Diese Umschreibung braucht nicht zu erfolgen, die Aktie kann auch ohne sie weiter übertragen werden. Die kategorische Bestimmung im Abs. 1 ist nur gegeben unter dem Präjudiz des Abs. 2.

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Voraussetzung der Umschreibung** ist, daß der Aktienerwerber die Urkunde, auf welche er seinen Erwerb stützt, und die Aktie vorlegt. Durch ein Blankoindossament ist jeder Inhaber zu dem Antrage auf Umschreibung legitimiert. Bei Vollindossamenten muß eine zusammenhängende Kette vorliegen. Dabei ist die Gesellschaft *nicht verpflichtet*, zu prüfen, ob der Zession oder dem Indossament auch wirklich die Absicht, Eigentum zu übertragen, zu Grunde liegt (RG. in *Blums* Annalen 4, S. 47). *Aber sie ist auch dazu nicht berechtigt.* Durch die Zession oder das Indossament gibt der Zedent oder Indossant zu erkennen, daß nach seinem Willen der Gesellschaft gegenüber der Zessionar oder Indossatar Aktionär sein soll. Diese Absicht aber muß der Gesellschaft genügen. Welches Rechtsgeschäft im übrigen vorliegt, ob die Kontrahenten nur einen Pfandvertrag vereinbart haben oder gar nur ein Auftragsverhältnis vorliegt, ist der Gesellschaft über gleichgültig. Im letzteren Fall ist das Verhältnis kommissionsähnlich. Es soll nach dem Willen der Kontrahenten der Indossatar der Gesellschaft gegenüber die Rechte des Aktionärs ausüben, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Indossanten, welches letztere aber die Gesellschaft nichts angeht. Anders *Behrend* (§ 119 a. E.) ohne Angabe von Gründen. *Ring* (Anm. 2) hält unserer Auffassung entgegen, daß nach Abs. 1 der *Eigentumsübergang nachzuweisen* sei. Das aber erfordert Abs. 1 in Wahrheit nicht. Es ist nur der Eigentumsübergang *anzumelden* und hiebei der Nachweis des Eigentumsüberganges *vorzulegen*. Darunter kann füglich nur Vorlegung von Urkunden, welche geeignet sind, Eigentum zu übertragen, verstanden werden. Der Nachweis des Eigentumsübertragungswillens kann nicht wohl *vorgelegt* werden. Daß das Gesetz auf die Übereinstimmung des Aktienbuches mit den wahren Eigentumsverhältnissen keinen entscheidenden Wert legt, ergibt sich auch aus Abs. 2, wonach der in das Aktienbuch Eingetragene der Gesellschaft gegenüber jedenfalls als Aktionär gilt, also auch dann, wenn er sein Aktienrecht veräußert hat. (Vergl. § 4.)

§ 2.

a) Die Echtheit des Übertragungsaktes zu prüfen, ist die Gesellschaft jedenfalls berechtigt, aber nicht verpflichtet. Man muß die etwas undeutlich gefaßte Bestimmung des dritten Absatzes dahin auslegen, daß die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, die Echtheit der Übertragungserklärungen zu prüfen, zu dieser Prüfung aber stets berechtigt ist (anders bezüglich der

Digitized by Google

Indossamente Jacobi, Wertpapiere, S. 354). In der Absicht, die Unklarheit zu beheben (vergl. Denkschrift) bestimmt nun auch im Anschlusse an den Wortlaut des Art. 36 WO. der entsprechende § 223 d. HGB. im zweiten Absatze: „Die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen, ist die Gesellschaft nicht verpflichtet."

§ 3. b) **Die Umschreibung** kann immer nur auf einen Eigentümer erfolgen. (Vergl. § 14 zu Art. 207.)

§ 4. c) (Abs. 2.) **Wirkung der Umschreibung.** Nur der ins Aktienbuch Eingetragene gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär, aber dieser nicht unter allen Umständen. Denn selbstverständlich muß die Eintragung rite, das heißt auf Grund des Nachweises des Eigentumsüberganges gemäß Abs. 1 erfolgt sein (vergl. Ring, S. 434: zum Vertragsschlusse mit der Gesellschaft bedarf es „noch" der Eintragung ins Aktienbuch; anders wohl auch nicht RG. 3, S. 163, besonders S. 164, wo die ordnungsmäßige Eintragung erfordert wird). Doch wird das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen durch die Tatsache der Eintragung allerdings prima facie bewiesen (vergl. RG. 3, S. 164). Unerheblich aber ist es für das Verhältnis zur Gesellschaft, ob der so Eingetragene inter partes Eigentümer der Aktie ist, oder ob er nur zum Schein, für Rechnung des Veräußerers, die Rechte als Aktionär ausüben sollte (oben § 1), oder ob endlich der so Eingetragene seine Aktie weiter veräußert hat. Dem Berechtigten bleibt es überlassen, Vorsorge zu treffen, daß die Eintragung der wahren Rechtslage entspricht, eventuell mag er dies im Prozeßwege gegen den Eingetragenen erkämpfen.

Dem gemäß ist der in das Aktienbuch Eingetragene auch derjenige, der allein die Rechte aus der Aktie in der Generalversammlung ausüben kann, und es ist unzutreffend, wenn das OLG. Dresden (in GZ. 35, S. 237) sagt: für das Stimmrecht in der Generalversammlung genüge der bloße Besitz der Aktie, dieser müsse, wenn die Aktionäreigenschaft sonst von den Beteiligten unbeanständet geblieben sei, dem Registerrichter genügen. Auch Behrend (§ 119 bei Anm. 30) macht den Versuch, der Gesellschaft das Recht zu geben, auch Nichteingetragene als Aktionäre anzuerkennen. Doch scheitert dieser Versuch an dem Wörtchen „nur" (Ring, Anm. 4; Förtsch, Anm. 5).

Der in das Aktienbuch Eingetragene aber kann die Aktienrechte jedenfalls ausüben, es sei denn, daß er in Wahrheit nur Mandatar eines solchen Aktionärs ist, der gesetzlich oder statutarisch verhindert ist, seine Aktionärrechte geltend zu machen. Solcher Aktionär kann zurückgewiesen werden (vergl. § 5; anders unsere 1. Aufl.).

Die Umschreibung hat auf das Rechtsverhältnis der Beteiligten unter sich keinen Einfluß. Sie ist nicht etwa Beurkundung der Eigentumsübertragung (RG. in Juristischer Wochenschrift pro 1887, S. 495). Inter partes und auch gegenüber Dritten geht vielmehr durch die Übertragung selbst nicht bloß das Eigentum an der Aktienurkunde, sondern das volle Anteilsrecht, das Eigentum an dem Anteilsrecht, wenn man so sagen darf, auf den Erwerber über; die Umschreibung ist nur die Voraussetzung der Geltendmachung der erworbenen Rechte gegenüber der Gesellschaft (Lehmann II., S. 99). Oft unterbleibt sie der Gesellschaft gegenüber aus dem formellen Grunde, weil nicht mehrere Berechtigte, sondern immer nur einer eingetragen

Digitized by Google

werden kann. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Willenbücher (Anm. 3 zu Art. 182) die Rechtslage dahin formuliert: „Soll nicht nur das Eigentum an der Aktienurkunde, sondern auch das an dem Aktienrecht selbst übertragen werden, so bedarf es noch der Bemerkung des Eigentumsüberganges im Aktienbuche" (vergl. Förtsch, Anm. 2).

d) (Abs. 3.) **Die Berufung auf das Aktienbuch.** Die Gesellschaft ist berechtigt, die Legitimation, das heißt die Identität dessen, der sich auf das Aktienbuch behufs Geltendmachung seiner Rechte beruft, zu prüfen. Aber sie ist dazu nicht verpflichtet. Auch dies (vergl. oben § 2) ergibt sich aus dem 3. Absatze des Art. 182 (vergl. Behrend, § 119 VI).

Zusatz 1. Für die Inhaberaktie sind gleiche Bestimmungen nicht getroffen. § 5. Ein Aktienbuch ist nicht vorgeschrieben[3]), für die Übertragung und Geltendmachung der Aktienrechte ist nichts angeordnet. Hier ergeben sich die maßgebenden Rechtssätze aus dem Begriffe des Inhaberpapieres. Die Übertragung des Aktienrechtes erfolgt durch die Übergabe des Papieres (Behrend, § 119, Anm. 19). Selbst eine statutarische Anordnung der Umschreibung in das Aktienbuch wäre unbeachtlich (GZ. 6, S. 108, 9, S. 139; Lehmann-Ring I., S. 451).

Die Legitimation der Gesellschaft gegenüber wird geführt durch den Besitz, die Präsentation der Aktie. Die Übertragung einer Aktie an einen andern zwecks Ausübung des Stimmrechtes im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Übertragenden ist zulässig (Staub[8], Anm. 17 zu § 223). Der sogenannte **Strohmann**, das heißt derjenige, der im Auftrag des wahren Aktionärs, aber im eigenen Namen die Aktienrechte ausübt, ist daher, was in der Praxis vielfach bezweifelt wird, zum Mitstimmen und zur Ausübung sonstiger Aktionärrechte wohl berechtigt. Wir haben diesen Standpunkt in der 1. Auflage ausführlich begründet. In der deutschen Rechtsprechung steht er nunmehr fest (ROHG. 14, S. 359; RG. 30, S. 51; Bolze 12, Nr. 510; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 467; vergl. Staub[8], Anm. 17 zu § 223). Anders AmtlS. 790; in den Gründen wurde ausgesprochen, daß nur wirkliche Aktionäre zur Ausübung des Stimmrechtes befugt sind[4]); anscheinend anders auch, doch ohne Gründe Behrend (§ 119 a. E.), andrerseits zust. Dreyer bei Gruchot 40, S. 467.

Allein der Grundsatz von der Legitimation durch den bloßen Besitz darf nicht überspannt werden. Er findet dort seine Grenze, wo die Form der Besitzübertragung mißbraucht werden soll, um die Ausübung von Rechten gegen die Gesellschaft zu ermöglichen, die dem Aktionär an sich nicht zustehen. So besonders dann, wenn der eigentliche Aktionär Aktien verteilt, um seine Aktien, bezw. alle seine Aktien mitstimmen zu lassen, obwohl er selbst von der Abstimmung ausgeschlossen ist, oder obwohl er in seiner Hand mehr Aktien vereinigt, als nach den Statuten in der Hand eines Aktionärs zur Abstimmung zugelassen werden. Auf diesen Fall findet der bei Geldinhaberpapieren bereits anerkannte Grundsatz (ROHG. 17, S. 158) Anwendung, daß derjenige Papierinhaber, der bloßer Mandatar des wahren Berechtigten ist, sich diejenigen Einwendungen gefallen lassen muß, die gegen seinen Mandanten zustehen. Darf man also dem Aktionärinhaber nicht schlechtweg einwenden, er sei bloßer

[3]) Vergl. oben § 1 zu Art. 182, Note 1.

[4]) Die Entscheidung hatte den Anspruch eines Aktionärs auf das für die leihweise Überlassung der Aktien zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechtes versprochene Entgelt zum Gegenstande. Dieser Anspruch wurde unter Hinweis auf § 878 ABGB. abgewiesen (vergl. § 318 d. HGB.).

Digitized by Google

Mandatar, so darf man ihm doch einwenden, er sei bloßer Mandatar und gegen seinen Auftraggeber bestänben begründete Einwendungen. Durfte sein Vormann mit den Aktien nicht stimmen, so darf es der Präsentant auch nicht, wenn er nur beauftragt ist. Stimmt er dennoch, so verletzt er das Gesetz, bezw. das Statut und der auf diesen Stimmen beruhende Beschluß ist anfechtbar, was Ring (S. 454) mit Unrecht leugnet. Sicher gilt dies, wenn er von der Beschränkung und der Absicht, sie zu umgehen, wußte. Aber dies Wissen ist nicht entscheidend. Es gilt das gleiche, wenn er das unbewußte Werkzeug in der Hand des widerrechtlich verfahrenden Aktionärs ist. Die Sache liegt analog wie bei demjenigen Wechselindossament, welches in Wahrheit nur Inkassomandat ist. Über dieses siehe Staub, Wechselordnung (§ 5 zu Art. 17). (Anders unsere 1. Auflage; anscheinend unserem jetzigen Standpunkte zust. Bolze 17, Nr. 531; Dreyer bei Gruchot 40, S. 467.)

Ebenso darf die Aktiengesellschaft dem Aktienbesitzer gegenüber rügen, daß er widerrechtlich die Aktie zum Stimmen benütze, z. B. daß er die Aktie gestohlen oder die Einwilligung der Eigentümer sonst nicht erlangt, z. B. die Aktie bloß zum Lombard erhalten habe (vergl. § 6 zu Art. 224). Sie kann einen solchen Aktienbesitzer vom Stimmen ausschließen. Der Besitz der Aktie begründet eben nur die Legitimation, dem Legitimierten kann aber der Mangel seines Rechtes von der Gesellschaft nachgewiesen werden (vergl. Simon, GZ. 49, S. 23 und in der Festgabe für Wilke, S. 267).

§ 6. **Zusatz 2. Die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Übertragungskontrahenten** sind in den vorliegenden Artikeln nicht berührt, mögen hier aber kurz an der Hand der Praxis beleuchtet werden, insbesondere für den Fall des Kaufes.

Eine gekaufte Aktie muß börsenmäßig lieferbar sein. Sonst ist der Vertrag nicht erfüllt und ein aliud geleistet (RG. 4, S. 196). Die Lieferbarkeit kann ausgeschlossen sein durch Amortisation, sei dieselbe vollendet (ROHG. 11, S. 45 ff.) oder in der Schwebe (RG. 5, S. 204); durch körperliche Beschädigung (RG. 4, S. 195). — Vergl. über alles dieses Ring, S. 435.

Der Verkauf von Papieren mit Dividendenscheinen vollzieht sich in der Weise, daß der Erwerber die noch nicht fälligen Coupons mit erhält, dafür aber außer dem Kaufpreise Stückzinsen in bestimmter Höhe bis zum Lieferungstage zahlen muß (ROHG. 10, S. 307). Den bereits fälligen, das heißt auf das bereits abgelaufene Geschäftsjahr sich beziehenden Dividendenschein behält der Verkäufer. Über Aktien ohne Dividendenscheine vergl. ROHG. 6, S. 146. — Vergl. über alles dies Ring, S. 435.

Es können auch die Aktien ohne Talon und Dividendenscheine veräußert werden. Ist dies geschehen, so darf der Besitzer der Aktie auch nicht die Aushändigung neuer Talons und Dividendenscheine als ihm gebührend in Anspruch nehmen (RG. 23, S. 268). (Ausländische Couponsteuer, RG. 22, Seite 19.)

§ 7. **Zusatz 4. Die Rechtsnatur der Übertragung** des Aktienrechtes. Dieselbe ist Übertragung des Mitgliedschaftsrechtes, aber nicht Zession einer Forderung. Der Erwerber erwirbt das Mitgliedschaftsrecht mit dem ihm durch das Statut gegebenen Inhalt; er braucht sich bezüglich der Ausübung dieses Mitgliedschaftsrechtes keine gegen seinen Vormann begründeten Einwendungen entgegenhalten zu lassen. Dies folgt nicht aus dem nicht allegierten Art. 82 WO., noch aus Art. 303 HGB., der sich nur auf Papiere über Geldforderungen oder Ansprüche auf Leistung und Herausgabe bezieht (vergl. Jacobi, Wertpapiere, S. 353 ff.),

Digitized by Google

sondern daraus, daß solche Einwendungen nur auf obligatorischen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär beruhen können; mit der Übertragung des Mitgliedschaftsrechtes gehen aber nicht die obligatorischen Pflichten auf den Erwerber über (vergl. Behrend, § 119, N. 13), es wären denn solche, welche kraft positiver Anordnung des Gesetzes als passiv an die jeweilige Mitgliedschaft gebundene Verbindlichkeiten anzusehen sind (vergl. § 2 zu Art. 220). Ob die Übertragung durch Indossament oder Zession stattfindet, ist hier bei der Frage der Rechte aus dem übertragenen Mitgliedschaftsrecht gleichgültig. Die Verschiedenheit der Übertragungsform ist nur für die Frage des Erwerbes des Rechtes an dem Mitgliedschaftsrechte von Bedeutung. Dagegen können dem Erwerber Einwendungen gegen seinen Vormann dann entgegengehalten werden, wenn aufgedeckt wird, daß er in Wahrheit nur der Mandatar des Vormannes ist. Es gilt hier dasselbe wie im § 5 (vergl. auch oben § 4).

Zusatz 5. Das Aktienrecht kann übrigens nicht bloß übertragen, sondern auch verpfändet und zum Gegenstand anderer Rechtsgeschäfte gemacht werden. § 8. Zur Begründung dinglicher Rechte gehört stets die Übergabe der Urkunde. Welche Erfordernisse sonst noch aufzustellen sind, bestimmt das Handelsrecht oder das bürgerliche Recht, je nachdem ein Handelsgeschäft vorliegt oder nicht (Behrend, § 119 zu VII). Exekution auf Namenaktien erfolgt nach den für die Exekution auf bewegliche körperliche Sachen geltenden Vorschriften der Exekutionsordnung (Pfändung und Verkauf). Die Umschreibung auf den Ersteher kann durch das Vollstreckungsorgan erfolgen (§ 268, Abs. 6 EO.). § 296 EO. findet auf Namenaktien keine Anwendung, da er sich nur auf Forderungspapiere bezieht (Pisko in WZ., Bd. 26, S. 376, dagegen Schauer, Note 2 zu § 296 EO.). Aktienrechte, über die keine Aktienurkunden ausgegeben sind (vergl. § 13 zu Art. 207), werden als „andere Vermögensrechte" nach § 331 EO. gepfändet. Über den Einfluß einer statutarischen Bestimmung, daß Aktien ohne Einwilligung der Gesellschaft nicht übertragen werden können, auf die Zulässigkeit und Wirkung der Exekution enthält das Gesetz keine Bestimmungen. (Über die verschiedenen, für das deutsche Aktienrecht und Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bestehenden Ansichten vergl. Staub[8] (Pinner), Anm. 3 zu § 222, Neukamp, GZ. 57, S. 533.) Für das österreichische Recht ist diese Lücke durch analoge Anwendung des § 76, Abs. 4 GmbHG. auszufüllen: Die Aktie ist ohne Rücksicht auf die Zustimmung der Gesellschaft zu verkaufen, wenn nicht 14 Tage nach Verständigung der Gesellschaft ein von dieser zugelassener Käufer die Aktie um den Kurswert, in Ermanglung eines solchen um den Schätzwert übernimmt.

II. Erläuterung der Abs. 2 und 3.

1. (Abs. 2.) a) **Die Ausgabe von Namenaktien vor der Vollzahlung** ist nach dem Handelsgesetzbuche nicht verboten. Die Ausgabe ist nach dem Gesetze sogar zulässig, bevor irgend eine Einzahlung geleistet wurde. Hier greift jedoch das Aktienregulativ ein. Nach § 28, Abs. 5 sind die Aktien in der Regel vor der Ausgabe voll einzuzahlen und § 28, Abs. 6 sagt, daß eine statutarische Bestimmung, nach welcher Namenaktien vor der Vollzahlung ausgegeben werden, nur aus besonderen Gründen genehmigt werden wird. Soweit das Aktienregulativ Anwendung findet, wird also in der Regel der Ausgabe nicht volleinbezahlter Namenaktien ein statutarisches Verbot entgegenstehen. Wird dieses Verbot übertreten, so regelt sich die Haftung für den rückständigen Aktienbetrag ebenfalls nach Art. 223. Statutenwidrige Ausgabe von Namenaktien vor Vollzahlung kann eine Haftung der Vorstandsmitglieder nach Art. 241 nach sich ziehen. Das § 1.

Digitized by Google

Versicherungsregulativ verlangt, daß die Namenaktien vor der Emission mit wenigstens 30 Prozent des Nominalbetrages eingezahlt sind.

§ 2. b) **In diesem Artikel ist bloß die Haftung des derzeitigen oder früheren Aktionärs geregelt, das heißt desjenigen, der durch Eintragung ins Aktienbuch Aktionär geworden ist.** Der Zeichner einer Namenaktie haftet nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für den Aktienbetrag (§ 32 zu Art. 208), jedoch ist eine Befreiung desselben seitens der Gesellschaft, solange er noch nicht durch Eintragung in das Aktienbuch Aktionär geworden ist, nicht ausgeschlossen (Renaud, S. 636). Die in diesem Artikel geregelte besondere Haftung trifft alle diejenigen, die der Gesellschaft gegenüber als Aktionäre anzusehen sind, also die im Aktienbuche verzeichnet sind (Art. 183, Abs. 2), dagegen nicht diejenigen, die das Aktienrecht erworben haben, aber nicht ins Aktienbuch eingetragen wurden; denn diese sind im Verhältnisse zur Gesellschaft nicht Aktionäre geworden (Renaud, S. 636). Die Haftung als Aktionär wird durch Eintragung in das Aktienbuch begründet, aber nicht durch eine Übertragung des Aktienrechtes und Eintragung des neuen Erwerbers aufgehoben. Die Haftung des in das Aktienbuch eingetragenen Aktionärs und des Rechtsvorgängers desselben steht jedoch nicht bloß unter dem Präjudiz des Art. 220, Abs. 2, sie kann auch mittels Klage und Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden. Der praktischen Anwendung dieses Rechtssatzes steht keine Schwierigkeit entgegen, da ja die Aktiengesellschaft durch das Aktienbuch sämtliche haftende Personen kennen muß. Der Rechtssatz, daß der einmal ins Aktienbuch eingetragene Aktionär von der Verpflichtung zur Zahlung des Aktienrückstandes durch Übertragung seines Anteilsrechtes nicht befreit wird, ist in seinem vollen Umfange kein zwingender. Die Gesellschaft kann den einmal eingetragenen Aktionär, der sein Mitgliedschaftsrecht abtritt, von der erwähnten Verpflichtung zwar nicht vollständig befreien, aber sie kann diese Verpflichtung herabmindern. Es genügt hiezu eine Willenserklärung des zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Organes. Voraussetzung der Zulässigkeit und Wirksamkeit dieser Herabminderung ist eine Übertragung des Anteilsrechtes (ROHG. 10, S. 51). Es ist nicht notwendig, daß eine solche Befreiung bereits im Statute vorgesehen ist. Die Worte des Gesetzes: „wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt", sind eigentlich überflüssig; denn um die Haftung eines in das Aktienbuch eingetragenen Erwerbers des Aktienrechtes zu begründen, bedarf es keiner besonderen Erklärung, bezw. Vereinbarung zwischen diesem und der Gesellschaft. Diese Haftung ergibt sich vielmehr schon aus den Eingangsworten des Abs. 2 dieses Artikels, wo nicht unterschieden wird, ob der Aktionär, dem dort eine Haftung auferlegt wird, als erster ins Aktienbuch eingetragener Erwerber des Aktienrechtes oder als dessen Rechtsnachfolger erscheint.

§ 3. 2. (Abs. 3.) **Die Wirkung der Entlassung des Aktionärs aus seiner Verbindlichkeit** besteht nicht darin, daß seine Haftung erlischt, sondern daß dieselbe aus einer primären in eine subsidiäre umgewandelt wird. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verpflichtung, die durch die bloße Aktienzeichnung, und derjenigen, die durch Eintragung des Aktionärs ins Aktienbuch begründet wird. Erstere kann von der Gesellschaft (bei Namenaktien) vollständig zur Erlöschung gebracht werden, letztere kann nur herabgemindert werden. Über die Haftung des befreiten Aktionärs ist noch folgendes zu bemerken:

Digitized by Google

α) Sie besteht für alle gesellschaftlichen Verbindlichkeiten, die bis zum Tage der Übertragung des Aktienrechtes entstanden sind. Das Gesetz sagt ungenau „eingegangen" sind. Es ist jedoch kein Zweifel, daß sich die Haftung nicht bloß auf die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft erstreckt. Maßgebend ist nicht der Tag, an dem das zivilrechtliche Übertragungsgeschäft perfekt geworden ist, sondern der Tag, an dem der neue Erwerber ins Aktienbuch eingetragen wurde. § 4.

β) Die Haftung besteht bloß gegenüber der Gesellschaft; eine direkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist nicht ausgesprochen. Es wurde bereits bei § 6 zu Art. 218 hervorgehoben, daß das Handelsgesetzbuch eine direkte Haftung der Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht kennt, und was von zeitigen Aktionären gilt, muß um so mehr von den früheren gelten. Den Gesellschaftsgläubigern kommt die Haftung des ausgeschiedenen Aktionärs insofern zu gute, als sie auf das betreffende Forderungsrecht der Gesellschaft, sobald die Voraussetzungen für die Entstehung desselben gegeben sind, mittels Pfändung und Überweisung Exekution führen können (Renaud, S. 695). § 5.

γ) Die Haftung des ausgeschiedenen Aktionärs ist eine subsidiäre, und zwar nicht bloß im Verhältnisse zu dem nachträglich ins Aktienbuch eingetragenen Aktionär, sondern auch im Verhältnisse zum Aktienzeichner, wenn letzterer (z. B. weil er sein Recht aus der Zeichnung, bevor eine Eintragung ins Aktienbuch erfolgte, weitergegeben hat) mit dem befreiten Aktionär nicht identisch ist. Erst nachdem der Aktienzeichner und der ins Aktienbuch eingetragene Rechtsnachfolger des befreiten Aktionärs fruchtlos verklagt und exquiert wurden, kann die Haftung des befreiten Aktionärs in Anspruch genommen werden. Sohin haften der Gesellschaft für den Aktienbetrag solidarisch der jeweilige ins Aktienbuch eingetragene Aktionär, dessen nicht befreiter Vormann und endlich der Aktienzeichner, falls dieser von dem ersten ins Aktienbuch eingetragenen Aktionär verschieden ist. Nach fruchtloser Exequierung dieser Personen kann sich die Gesellschaft an den nächsten befreiten Vormann des jeweiligen Aktionärs und nach dessen fruchtloser Exequierung an den weiteren Vormann usw. halten. § 6.

δ) Die Haftung des befreiten Aktionärs ist zeitlich auf ein Jahr beschränkt, gerechnet vom Tage der Übertragung des Aktienrechtes, worunter ebenfalls der Tag der im Aktienbuche erfolgten Umschreibung zu verstehen ist (vergl. oben § 4). Die einjährige Frist ist gewahrt, wenn innerhalb derselben dem Aktionär die Klage auf Zahlung des Aktienrückstandes zugestellt ist. Die Frist ist keine Verjährungsfrist, sondern eine materiell-rechtliche Präklusivfrist. Sie ist daher von Amts wegen zu beachten und es finden auf sie die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung keine Anwendung. § 7.

Zusatz zu Art. 223. Wenn an Stelle der Namenaktien Promessen oder Interimsscheine ausgegeben werden, die auf Namen lauten und deren Erwerber ins Aktienbuch eingetragen werden, so finden ebenfalls die Bestimmungen des Art. 223 Anwendung (Renaud, S. 635). § 8.

Digitized by Google

Zusätze zu Art. 220—223.

§ 9. 1. **Steht dem zur Zahlung des Aktienbetrages Verpflichteten das Recht zu, eine Forderung gegen die Gesellschaft gegen seine Einlagepflicht in Aufrechnung zu bringen?** Die Frage ist nach dem geltenden Handelsgesetzbuche strittig. Das Reichsoberhandelsgericht (25, S. 282) gewährt dieses Kompensationsrecht, das Reichsgericht (6, S. 69, 18, S. 5, 19, S. 126) versagt es wegen Ungleichartigkeit der Forderung (ausführliche Mitteilungen über die einschlägige Rechtsprechung und Literatur bei Motive zum Aktiengesetze von 1884, S. 133). Wir müssen uns für das Bestehen eines derartigen Kompensationsrechtes aussprechen. Der Gesichtspunkt der Ungleichartigkeit der Forderung trifft nicht zu. Der Schuldgegenstand ist der gleiche, nämlich Geld (Lehmann II., S. 383). Auch kann gegen die Möglichkeit einer Aufrechnung nicht eingewendet werden, daß die Forderung der Gesellschaft auf einem besonderen Rechtsgrunde, nämlich dem der Mitgliedschaft, beruht, denn die Verschiedenartigkeit des Rechtsgrundes bildet kein Hindernis der Kompensation. Was sonst gegen die Gewährung eines solchen Kompensationsrechtes gewöhnlich angeführt wird, insbesondere die Gefahr einer Schädigung der Gläubiger, kann nur dartun, daß es zweckmäßig wäre, gesetzlich in diesem Falle das Kompensationsrecht zu versagen, was auch das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 63, Abs. 3) und das deutsche Handelsgesetzbuch (§ 221) und bereits die Aktiennovelle vom Jahre 1884 getan hat. Wenn jedoch in den Zeichnungsscheinen Bareinzahlung versprochen wird oder das Statut eine Bareinzahlung vorschreibt, so liegt eine vertragsmäßige Ausschließung des Kompensationsrechtes vor (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 133). Die ausdrückliche Übernahme der Verpflichtung zur Barzahlung in der Zeichnungserklärung schreibt § 6, Abs. 2 A. Reg. und die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Statut § 28, Abs. 2 A. Reg. vor. Das Gesagte gilt in gleicher Weise, ob jetzt der zur Leistung des Aktienrückstandes Verpflichtete Aktienzeichner, derzeitiger Aktionär oder zahlungspflichtiger Vormann des derzeitigen Aktionärs ist.

§ 10. 2. **Das Rückgriffsrecht desjenigen, der den Aktienbetrag bezahlt hat.** Wie bereits ausgeführt wurde, kann die Gesellschaft wegen des rückständigen Aktienbetrages den Aktienzeichner, bei Namenaktien den jeweiligen ins Aktienbuch eingetragenen Aktionär und dessen ins Aktienbuch eingetragenen Rechtsvorgänger persönlich in Anspruch nehmen. Unter dem Präjudiz des Art. 220, Abs. 2 können endlich die jeweiligen Inhaber von Anteilsrechten haften. Hat nun über Verlangen der Gesellschaft eine nicht mehr im Mitgliedschaftsverbande derselben stehende Person den Aktienbetrag bezahlt (Aktienzeichner oder der früher ins Aktienbuch eingetragene Aktionär einer Namenaktie), nachdem sie ihr Mitgliedsrecht abgetreten hat, so steht dem Zahler im Zweifel das Recht zu, gegen seinen Nachmann, mag derselbe das Anteilsrecht noch besitzen oder bereits weiter begeben haben, Rückgriff zu nehmen. Es beruht dies auf der stillschweigenden Verabredung der Parteien, daß der Erwerber seinen Veräußerer in Ansehung der für die Erwerbung des Aktienrechtes eingegangenen Verbindlichkeiten vertreten soll (Renaud, S. 666). Der vom Veräußerer belangte Nachmann, der nicht mehr im Besitze des Aktienrechtes ist, mag sich dann an seinen Nachmann usw. bis zum derzeitigen Aktionär halten. Es steht jedoch dem Zahler auch ein unmittelbares Rückgriffsrecht gegen den jeweiligen Aktionär zu, auch wenn dieser das Aktienrecht nicht unmittelbar vom Zahler erworben hat.

Digitized by Google

Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 1358 ABGB., aus dem man den allgemeinen Satz entnehmen kann, daß derjenige, der eine formell eigene und materiell fremde Schuld zahlt, in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt (vergl. Schey, Das Regreßrecht bei Bezahlung fremder Schulden, wo allerdings des vorliegenden Falles keine Erwähnung geschieht). Hat der Zeichner oder der ins Aktienbuch eingetragene Aktionär sein Mitgliedschaftsrecht abgetreten, so bleibt er zwar formell für den Aktienbetrag haftbar, aber materiell liegt eine Schuld des jeweiligen Aktionärs vor. Die Klage des Zahlers gegen den jeweiligen Aktionär, wenn es sich nicht um einen ins Aktienbuch eingetragenen Namenaktionär handelt, ist allerdings nicht von großer praktischer Bedeutung, weil es ja immer in dessen Hand steht, sich durch Weitergeben seines Mitgliedschaftsrechtes der Haftung gegenüber dem Zeichner geradeso zu befreien wie von der grundsätzlichen Haftung gegenüber der Gesellschaft (vergl. § 2 zu Art. 220; Renaud, S. 667).

Artikel 224.

Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnverteilung zustehen, werden von der Gesamtheit der Aktionäre in der Generalversammlung ausgeübt.

Jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes festsetzt.

Der Artikel bestimmt, daß die Rechte der Aktionäre in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Generalversammlung ausgeübt werden (Abs. 1), **und enthält eine Dispositivvorschrift über das Stimmrecht in der Generalversammlung** (Abs. 2). Einleitung.

I. (Abs. 1.) 1. **Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft.** § 1.

In der Vorbemerkung zu Art. 216, auf welche hiemit verwiesen wird, ist gezeigt, daß die Rechte der Aktionäre zweierlei sind: Ansprüche an die Gesellschaft auf vermögensrechtliche Leistungen (allen voran das Dividendenrecht) und gesellschaftliche Herrschaftsrechte, das heißt Rechte, die Schicksale der Gesellschaft mitzubestimmen. Von diesen letzteren Rechten wird in dem vorliegenden Artikel gehandelt. Wenn das Gesetz im vorliegenden Artikel sagt: die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft werden in der Generalversammlung ausgeübt, so ist damit nicht gesagt, daß die Herrschaftsrechte des Aktionärs allein in der Generalversammlung ausgeübt werden, daß sich im Stimmrecht sein Herrschaftsrecht erschöpft. Vielmehr soll damit gesagt sein, daß regelmäßig die Aktionäre ihr Herrschaftsrecht in der Generalversammlung durch gemeinsame Beschlußfassung ausüben (vergl. Behrend, § 121 bei Anm. 2). In dem Generalversammlungsbeschlusse kommt der Gesamtwille der Aktionäre zur Geltung. Die Aktionäre haben aber noch andere Rechte, um auf die Schicksale der Gesellschaft, die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bestimmend einzuwirken. In einem Falle gibt das Gesetz schon den einzelnen Aktionären unter der Voraussetzung eines bestimmten Aktienbesitzes ein solches Recht, nämlich das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 237). Andere derartige Rechte können einzelnen Aktionären im Statute vorbehalten sein. Die Einräumung mancher derartiger Rechte durch das Statut ist sogar im Aktienregulativ

Digitized by Google

vorgeschrieben, so die Einräumung des Rechtes einzelner Aktionäre, deren Aktien den zehnten Teil des Grundkapitals betragen, auf Vertagung der Beschlußfassung über die Genehmigung der Bilanz (§ 50, Abs. 3 A. Reg.), die Einräumung des Rechtes einzelner Aktionäre, deren Aktien den zehnten Teil des Grundkapitals betragen, auf Einsetzung bestimmter Gegenstände in die kundzumachende Tagesordnung der nächsten Generalversammlung (§ 40, Abs. 5 A. Reg.). Zwar nicht direkt aus dem Gesetze, aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich das Recht jedes Aktionärs, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der Generalversammlung anzufechten (vergl. unten §§ 19 ff.).[1])

Von allen diesen Rechten des Aktionärs wird im vorliegenden Artikel nur das Recht, durch Teilnahme an der Abstimmung in der Generalversammlung auf die Schicksale der Gesellschaft mitbestimmend einzuwirken, abgehandelt. Das ist das Aktionärrecht *κατ' ἐξοχήν* das oberste gesellschaftliche Herrschaftsrecht des Aktionärs. Daneben können ihm noch andere gesellschaftliche Herrschaftsrechte zustehen (vergl. den vorigen Absatz). Völlig verfehlt ist es, wenn die Motive zum Aktiengesetz von 1884 (S. 235) diese anderen Rechte Individualrechte nennen. Das Individuum kommt dabei nicht in Betracht, sondern der Aktienbesitz. Auch was von der Natur dieser Rechte in den Motiven gesagt wird, trifft nicht zu: „bei ihnen würden von den Einzelaktionären oder Minderheitsfraktionen als Träger und Vertreter des Gesamtwillens der Aktionäre Rechte der Gesellschaft namens und im Interesse derselben ausgeübt." Abgesehen davon, daß diese Erwägung den Namen Individualrechte erst recht als unzutreffend erscheinen läßt, trifft sie nicht das Richtige. Der Aktionär verfolgt auch mit diesen Rechten nur sein Interesse. Er will in seinem Interesse auf die Schicksale der Gesellschaft einwirken, weil er dadurch für den Inhalt seines Anteilrechtes Vorteile erzielen will (dagegen Bachmann, S. 114). Ob er dabei auch das ideale Interesse verfolgt, der Gesamtheit als solcher zu nützen, wird oft recht fraglich sein; jedenfalls kommt es für die Charakterisierung dieser Rechte nicht darauf an, ob es im einzelnen Falle vorhanden ist oder fehlt. Er verfolgt jedenfalls nur sein Recht, auf welches er auch wirksam verzichten kann (vergl. hinsichtlich des Anfechtungsrechtes [welches im deutschen Aktienrechte dem Aktionär durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zuerkannt ist] das Urteil des Reichsgerichtes, Bd. 24, S. 427).

§ 2. 2. **Die Generalversammlung.** Regelmäßig werden hienach die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt. Die Generalversammlung, das heißt nicht eine Versammlung aller Aktionäre, sondern eine Versammlung, an welcher teilzunehmen allen Aktionären das Recht zusteht und Gelegenheit gegeben wurde, wird gewöhnlich als das oberste Willensorgan der Gesellschaft be-

[1]) Weitere Minderheitsrechte gewährt das Gesetz den Aktionären nicht. Insbesondere ist der einzelne Aktionär nicht zum Rekurse gegen gerichtliche Verfügungen berechtigt, die über einen vom Vorstande auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses gestellten Antrag ergehen (AdlCl. 1090, 1200); ebensowenig hat der einzelne Aktionär das Recht, die Überprüfung einer von der Generalversammlung genehmigten Bilanz zu verlangen (AdlCl. 657). Auch hat der Einzelaktionär nicht allgemein das Recht, durch Klage oder einstweilige Verfügung die Vornahme oder Nichtvornahme von Rechtshandlungen gegen den Vorstand zu erzwingen. Unzutreffend ist die Ansicht Cosacks (S. 661), daß er durch einstweilige Verfügung die Nichtvornahme jeder Maßregel bis zur Entscheidung der Generalversammlung erzwingen könne. Das ist schon deshalb nicht richtig, weil er einen entsprechenden Hauptanspruch nicht hat. Er hat nur ein Recht zu stimmen, nicht ein Recht auf einen Beschluß bestimmten Inhaltes.

Digitized by Google

zeichnet. Mit dieser abstrakten Bezeichnung ist aber nicht viel gewonnen. Ihre Stellung innerhalb der Organisation der Gesellschaft muß eingehend dargelegt werden.

Die Aktiengesellschaft als bloß gedachte Person kann nur durch physische Personen regiert werden und nur durch physische Personen im Rechtsverkehre nach außen auftreten. Physische Personen müssen ihre gesetzlichen Vertreter sein, um Rechtsbeziehungen nach außen anzuknüpfen, physische Personen müssen nach innen auf die Führung der Geschäfte bestimmend einwirken.

Die gesetzliche Vertretung nach außen fällt regelmäßig und vorzüglich dem Vorstand zu, nur ausnahmsweise dem Aufsichtsrat (vergl. Art. 226 in Verbindung mit Art. 194), nicht der Generalversammlung, welche Vertreterin der Gesellschaft nach außen nicht ist.[2])

Die Generalversammlung ist hinsichtlich der Geschäftsführung in der Weise tätig, daß sie Beschlüsse faßt, durch welche sie auf die Geschäftsführung der anderen Organe (veranlassend, hindernd, genehmigend) einwirkt. In anderer Weise ist sie geschäftsführend nicht tätig. Will man die Beschlußfassung Geschäftsführung nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden. Die Beschlüsse der Generalversammlung sind bindend für die Aktionäre und die Gesellschaftsorgane, welche letzteren durch dieselben der Gesellschaft gegenüber entlastet werden (Behrend, § 121, Anm. 4). Umgekehrt verpflichten sie auch die Gesellschaft unmittelbar gegenüber den Aktionären und den Gesellschaftsorganen (Behrend, § 121, Anm. 8; vergl. hiezu oben Note 2).

Ihrer Zuständigkeit unterliegen zunächst diejenigen Gegenstände, welche das Gesetz ihr zuweist (Statutenänderung, Kapitalsherabsetzung, Auflösung der Gesellschaft usw.). Außerdem ordnen die Statuten oft ausdrücklich an, daß über diesen oder jenen Gegenstand nur die Generalversammlung Beschluß zu fassen hat. Nach § 39 A. Reg. muß das Statut die Beschlußfassung über eine ganze Reihe von Gegenständen der Generalversammlung vorbehalten. Überdies kann sie alles bindend beschließen, was ihrer Zuständigkeit nicht durch das Statut entzogen ist. Aber Gesetz und Statut muß ihre Beschlußfassung beobachten; sonst ist dieselbe ungültig und anfechtbar. Hienach bestimmt sich die Frage, inwieweit die Generalversammlung zur Überlassung ihres Betriebes an eine andere Person ohne Statutenänderung (vergl. § 2 zu Art. 215), inwieweit sie zu Schenkungen und Interzessionen befugt ist. Das Reichsgericht (3, S. 134 ff.) erachtet die Generalversammlung hiezu nicht für kompetent. Allein die Generalversammlung vermag in jeder Weise über das Vermögen der Gesellschaft zu disponieren, wenn nur der statutarisch vorgesehene Zweck der Gesellschaft nicht verletzt ist, weil sonst eine Verletzung des Statuts vorläge (Felix Mayer, Der Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, GZ. 1900, S. 402). Aber Schenkungen können sehr wohl dem Gesellschaftszwecke ent-

[2]) Ausnahmslos gilt auch dies unserer Ansicht nach nicht. Die Anstellungsverträge, welche die Generalversammlung mit denjenigen Personen schließt, welche ihre Organe (Vorstand oder Aufsichtsrat) werden sollen, und welche sie in dem Falle schließen muß, wenn ein anderes Vertretungsorgan der Gesellschaft nicht vorhanden ist, sind juristisch nur so konstruierbar, daß in solchen Fällen die Generalversammlung selbst als Kollegium gedacht wird, welches, wie in gewissen Fällen das Aufsichtsratskollegium, die Gesellschaft vertritt. Behrends Erklärung (§ 121, Anm. 8) dieser Verträge (gegenüber ihren Organen könne die Gesellschaft durch die Beschlüsse der Generalversammlung unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden) reicht nicht aus, weil es sich ja hier nicht um ein Kontrahieren mit den Organen, sondern mit fremden Personen, die hiedurch Organe werden sollen, handelt.

Digitized by Google

sprechen. So z. B. wenn eine Eisenbahngesellschaft eines ihrer Grundstücke einem berühmten Arzte zur Erbauung eines Sanatoriums zur Verfügung stellt, in der Absicht, hiedurch den Verkehr auf ihrer Strecke zu fördern (in unserem Sinne AblCl. 2137, 2138; nicht ganz übereinstimmend Felix Mayer a. a. O.).

Ganz selbstverständlich ist ferner, daß die Generalversammlung den Aktionären nicht sogenannte Sonderrechte entziehen kann. Unter Sonderrechten sind diejenigen Rechte der Aktionäre zu verstehen, welche unentziehbar sind.[3]) Die Unentziehbarkeit kann auf öffentlich-rechtlicher Bestimmung oder auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen. Wann die Unentziehbarkeit als gewollt, angeordnet oder stipuliert zu betrachten ist, kann nur im Einzelfalle im Wege der Auslegung festgestellt werden. Auf Grund des Gesellschaftsvertrages unentziehbar sind besondere Vorteile, welche einem Aktionär im Sinne des § 3, Abs. 4, Z. 11 A. Reg. zugesichert sind. Eine solche Zusicherung ist ihrem Sinne nach unentziehbar durch die Majorität der Genossen. Es kann daher ein einem bestimmten Aktionär zugesichertes Aktienbezugsrecht durch die Generalversammlung nicht aufgehoben werden, wohl aber können die den Aktionären als solchen zugesicherten Aktienbezugsrechte aufgehoben werden, weil hier weder durch

---

[3]) Das Gesetz kennt den Begriff der Sonderrechte nicht. Der Streit um die Frage, was unter Sonderrecht zu verstehen ist, ist daher kein eigentlicher wissenschaftlicher Streit, höchstens eine systematische Frage. Als eigentlich unrichtig kann keine Begriffsbestimmung bezeichnet werden, die nur dem Ausdrucke Sonderrecht in sprachlicher Hinsicht gerecht wird. Cosack[6] (S. 597) versteht darunter diejenigen Rechte, welche nur einzelnen im Statute individuell bezeichneten Aktionären zustehen (vergl. § 3, Abs. 4., Z. 11 AReg.), Behrend (§ 118 bei Anm. 14) die Vermögensansprüche des Aktionärs. Erstere Definition wird dem sprachlichen Ausdrucke gerecht, letztere nicht. Aber auch unsere Definition ist sprachlich richtig. Es sind diejenigen Rechte, über welche nicht der Gesamtwille der Aktionäre, sondern nur der Sonderwille der berechtigten Aktionäre disponieren darf (vergl. auch Lippmann in GZ. 39, S. 204 ff.); Alexander (in seiner Monographie: Die Sonderrechte der Aktionäre, Berlin 1892) versteht darunter alle Rechte, welche den Mitgliedern als solchen, das heißt im Verhältnis zur Körperschaft, zustehen. Diese Definition billigt auch Felix Mayer (a. a. O. S. 393). Diese weite Definition wird dem sprachlichen Ausdrucke nicht gerecht, denn dieser läßt deutlich erkennen, daß darunter nicht alle Aktionärrechte zu verstehen sind, sondern nur eine Art derselben, die aus irgendeinem Grunde den Sondernamen Sonderrechte verdient. Randa (II., S. 146) versteht unter Individualrechten (Sonderrechten) die durch Gesetz oder Statut begründet, dem Aktionär in dessen eigenem Interesse zustehen und zu deren Aufhebung die Generalversammlung nicht befugt ist (unentziehbare Rechte). Mit der Betonung des Momentes der Unentziehbarkeit nähert sich Randa dem hier vertretenen Standpunkte. Lehmann (II., S. 204 und in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 297 ff.) steht insofern auf unserem Standpunkte, als er den Begriff des Sonderrechtes in der Unentziehbarkeit per majora erblickt. Er will aber darüber hinaus auch noch die Voraussetzung der Unentziehbarkeit durch eine generelle Formel bestimmen, und zwar dahin, daß es sich um wesentliche Bestandteile des Mitgliederrechtes handeln muß, wobei eine objektive Wesentlichkeit vom Standpunkte des Durchschnittsaktionärs gemeint sei. Die Formel erscheint nicht unzutreffend, aber leider nicht geeignet, für die Entscheidung des Einzelfalles ein erhebliches Hilfsmittel zu bieten. Bachmann (Die Sonderrechte des Aktionärs, 1902) unterscheidet zwischen den Rechten, die dem Aktionär in seiner Eigenschaft als Mitglied zustehen, die allen Aktionären in gleicher Weise zukommen, und denjenigen Rechten, die nur individuell bestimmten Aktionären oder generell bestimmten Klassen von Aktionären zukommen. Den Einzelrechten des Aktionärs aus der Mitgliedschaft spricht Bachmann die Sonderrechtsnatur ab, sämtliche dieser Einzelrechte können wie das Mitgliedrecht selbst durch Statutenänderung grundsätzlich beseitigt oder abgeändert werden, soweit nicht das positive Recht Schranken setze (S. 47, 50, 78; vergl. die Besprechung der eben angeführten Schrift Bachmanns von Lehmann in GZ. 52, S. 618). Staub[6] (Staub-Pinne, S. 548) verstehen unter Sonderrechten die Rechte, deren Verletzung grundlegenden Prinzipien des Aktienrechtes widersprechen würde, geben aber zu, daß damit nur ein objektiver Maßstab, aber kein Anhaltspunkt für eine sichere Entscheidung im Einzelfalle gegeben erscheint.

Digitized by Google

jus publicum noch durch Vertrag die Unentziehbarkeit stipuliert ist (vergl. § 8 im 1. Exkurse zu Art. 215).[4]) Des ferneren können die sogenannten Minderheitsrechte durch keinen Generalversammlungsbeschluß genommen oder auch nur verkürzt werden, so z. B. das Recht auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung nach Art. 237. Das umfassendste Recht, das dem Aktionär nicht durch Beschluß der Gesellschaft entzogen werden kann, ist das Mitgliedschaftsrecht, das Recht Aktionär zu bleiben (vergl. Lehmann-Ring I., S. 496). Jedoch gibt es Fälle, wo dem Aktionär das Mitgliedschaftsrecht überhaupt entzogen werden kann (Kaduzierung), und einen Fall, in dem der Aktionär durch einen Mehrheitsbeschluß vor die Wahl gestellt wird, für sein Mitgliedschaftsrecht mit Geld abgefunden zu werden oder dieses Recht für ein Mitgliedschaftsrecht an einer Korporation anderer rechtlicher Natur einzutauschen (Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung; §§ 97, Z. 1, 100 GmbHG.). Unentziehbar ist das Recht auf Ausantwortung einer Aktienurkunde, auf Eintragung in das Aktienbuch usw. Ob das Dividendenrecht dazu gehört, darüber vergl. § 4 zu Art. 216, ob das Recht auf die Liquidationsquote, darüber siehe § 4 zu Art. 245.

Die Generalversammlung kann endlich nicht disponieren über diejenigen Rechte, welche den Aktionären als Dritte gegen die Gesellschaft zustehen. Das sind die sogenannten gemeinen Rechte (vergl. Goldschmidt, System, § 59; vergl. Bachmann, S. 179 ff. „Drittrechte"), z. B. die Ansprüche aus Kauf, Darlehen und Pfandbestellung. Diese gemeinen Rechte sind wohl zu scheiden von den Sonderrechten. Die letzteren stehen den Aktionären als Gesellschaftern, jene als Dritten zu. Gewisse Rechte, die in der Mitgliedschaft ihren Grund haben, erwachsen übrigens zu selbständigen Gläubigerrechten, so das Dividendenrecht nach der Feststellung (§ 4 zu Art. 216).

3. **Die Beschlußfassung der Aktionäre.** Das Gesetz spricht ungenau von der Gesamtheit der Aktionäre, während doch ein Beschluß der in der Generalversammlung erschienenen Aktionäre genügt (die Aktiennovelle vom Jahre 1884 hat bereits die entsprechende redaktionelle Änderung vorgenommen; vergl. Motive hiezu S. 344). Dem Gesetze genügt es, daß die Generalversammlung ordnungsmäßig berufen war. Ist dies geschehen, so ist deren Beschlußfähigkeit nach dem Gesetze nicht davon abhängig, daß eine bestimmte Anzahl Aktionäre erschienen oder ein bestimmter Bruchteil des Aktienkapitals (sog. Erfordernis des Quorum) in der Generalversammlung vertreten ist (Renaud, S. 435); die Anwesenheit eines einzelnen Aktionärs wird allerdings nicht als genügend angesehen werden können, da ja in diesem Falle von einer Generalversammlung und einem Mehrheitsbeschlusse nicht mehr gesprochen werden kann (Renaud a. a. O.; dagegen Lehmann II., S. 188). Die Statuten machen aber sehr oft die Beschlußfähigkeit der Generalversammlung von derartigen Bedingungen abhängig; **§ 3.**

[4]) Das jeder Aktie im Statute eingeräumte Stimmrecht gehört nicht zu den unentziehbaren Rechten, da die Bestimmung des Art. 224, Abs. 2 bloß eine dispositive ist; desgleichen können die Abstimmungsmodalitäten geändert werden. Z. B. es wird nachträglich durch Statut bestimmt, daß die Aktien bis zu einem bestimmten Tage zu hinterlegen sind; es werden Vorschriften für die Vertretung aufgestellt, die Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Aktionären wird nachträglich gefordert usw. (Näheres siehe bei Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 364; Bachmann, S. 107; dagegen Felix Mayer in GZ., 1900, S. 417).

Digitized by Google

so z. B. bestimmen die Statuten der österreichischen Länderbank, daß zur Fassung eines gültigen Beschlusses die Anwesenheit von 30 Mitgliedern, die zusammen 500 Stimmen abzugeben berechtigt sind, notwendig ist. Das Aktienregulativ schreibt in § 45, Abs. 1 vor, daß im Statute die Beschlußfähigkeit der Generalversammlung davon abhängig zu machen ist, daß die anwesenden Personen ihr Stimmrecht wenigstens für den zehnten Teil des Aktienkapitals auszuüben berechtigt sind, gestattet aber die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß bei Beschlußunfähigkeit der ersten Generalversammlung eine zweite einzuberufen ist, die ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Aktienkapitals über alle Gegenstände Beschluß fassen kann, die auf der Tagesordnung der ersten Generalversammlung gestanden sind (§ 45, Abs. 2).[5]) Der Artikel spricht nichts davon, was zu einem gehörigen Beschlusse erforderlich ist. Darüber ist an anderer Stelle abgehandelt.

§ 4. a) In der Regel entscheidet einfache Mehrheit der Abstimmenden. (Über diesen Begriff vergl. § 12 zu Art. 209.) Zuweilen bestimmt aber das Gesetz, daß ein Mehrheitsbeschluß nicht genügt (vergl. Art. 215), oder daß eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist (vergl. § 97, Abs. 2, Z. 3 GmbHG.: die Bilanz der in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umzuwandelnden Aktiengesellschaft, die der Berechnung des auf jede Aktie entfallenden Anteiles am Gesellschaftsvermögen zu Grunde zu legen ist, muß mit einer Mehrheit von drei Vierteilen des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals, genehmigt werden); oft ordnet auch das Statut zulässigerweise an, daß eine andere als die einfache Mehrheit notwendig ist oder daß ein bestimmter Teil des Aktienkapitals vertreten sein muß. Nach dem Aktienregulativ muß das Statut derartige Bestimmungen enthalten (vergl. §§ 47 und 48 A. Reg.).

§ 5. b) Wie sich die Berechnung der Stimmen stellt, wenn Aktionäre erschienen sind, aber, sei es freiwillig, sei es infolge statutarischer oder gesetzlicher Notwendigkeit, nicht abgestimmt haben, darüber vergl. § 5 zu Art. 214.

II. (Abs. 2.) **Jede Aktie gewährt eine Stimme.**

§ 6. a) **Jede Aktie gewährt das Stimmrecht.** Über die Erbringung der Legitimation vergl. § 5 zu Art. 223. Der Interimsschein gibt, auch wenn er nicht voll eingezahlt ist, gleiche Rechte wie die Aktie (Petersen und Pechmann, S. 423; Brandt bei Holdheim 3, S. 441). Sind weder Aktien noch Interimsscheine ausgegeben, so besteht die Aktionäreigenschaft und die Möglichkeit, zu stimmen, gleichwohl; die Legitimation muß in solchem Falle auf andere Weise geführt werden (RG. 34, S. 116; § 13 zu Art. 207). Der Besitz eines Aktienanteils gewährt noch kein Stimmrecht, dagegen hat derjenige ein Stimmrecht, der so viele Aktienanteile besitzt, daß ihr Nennbetrag dem einer Aktie gleichkommt, z. B. vier Viertelanteile (Renaud, S. 418).

Jede Aktie, auch eine einzelne von noch so geringem Betrage und gleichviel welcher Gattung, gewährt das Recht, zu stimmen. Es kann mitstimmen, wer bei der betreffenden Abstimmung zugegen ist; es kann nicht die Präsenzliste bei Beginn der Sitzung geschlossen und den später abstimmenden Aktionären das Mitstimmen ver-

[5]) Die im Texte angeführten Bestimmungen des Aktienregulativs sind den §§ 31 und 32 des Genossenschaftsgesetzes nachgebildet. Das deutsche Handelsgesetzbuch enthält derartige Bestimmungen nicht.

Digitized by Google

sagt werden. Doch kann in den Statuten solches gültig angeordnet werden (Note 1 zu Art. 224).

Bei Verpfändung von Aktien ist der Pfandgläubiger ohne Erlaubnis des Eigentümers nicht stimmberechtigt (Lehmann II., S. 62; Simon in Festgabe für Wilke, S. 267; Förtsch in Sörgels Recht, 1903, S. 561; OLG. Jena ebd. S. 582). Der Aktiengesellschaft gegenüber ist allerdings bei Inhaberaktien der Pfandgläubiger prima facie durch die Innehabung der Aktie zur Ausübung des Stimmrechtes legitimiert. Da der Verpfänder trotz der Verpfändung der Aktie Aktionär bleibt, so steht ihm grundsätzlich das Stimmrecht zu. Der Pfandgläubiger ist aber nicht verbunden, dem Eigentümer die verpfändete Aktie zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechtes auszufolgen; auch eine Verpflichtung des Pfandgläubigers, die Aktien bei der Gesellschaft zu hinterlegen, wenn Hinterlegung eine statutarische Bedingung der Ausübung des Stimmrechtes ist, wird sich nicht begründen lassen (so auch Förtsch a. a. O., anders die herrschende Meinung; vergl. insbesondere Lehmann II., S. 63). Bei irregulärer Verpfändung (Reportgeschäft), wird selbstverständlich der Pfandnehmer Aktionär (vergl. hiezu Staub[8] (Pinner), Anm. 8 zu § 251; OLG. Hamm bei Holdheim 14, S. 309).

b) **Jeder hat so viele Stimmen, als er Aktien besitzt.** Für die Zahl der Stimmen, die ein Aktionär abzugeben berechtigt ist, erscheint also nach dem Gesetze lediglich die Zahl der Aktien, die er besitzt, und nicht die Höhe des durch seinen Aktienbesitz dargestellten Aktienkapitals maßgebend; dies wird praktisch, wenn nicht alle Aktien von gleichem Nennbetrage sind (vergl. § 43, Abs. 5 A. Reg.). § 7.

c) **Das Statut kann Abweichungen** von der gesetzlichen Vorschrift des Art. 224, Abs. 2 anordnen. Worin diese Abweichungen bestehen können, ist im Gesetze nicht gesagt. Man wird daher annehmen müssen, daß in dieser Hinsicht der statutarischen Freiheit vom Gesetze aus keine Schranken gezogen sind. So kann im Statute angeordnet werden, daß das Stimmrecht an den Besitz einer bestimmten Anzahl von Aktien geknüpft ist, daß den Aktien verschiedener Art und Gattung ein verschiedenes Stimmrecht gewährt ist, daß ein Aktionär ohne Rücksicht auf die Höhe seines Aktienbesitzes höchstens eine genau festgesetzte Anzahl von Stimmen abgeben kann usw. (vergl. über diese verschiedenen Modalitäten Renaud, S. 409 ff. und Lehmann II., S. 161). Das Aktienregulativ erwähnt im § 43 einige dieser Modalitäten, erklärt die Aufnahme einiger derselben in das Statut für zulässig, anderer wieder für unstatthaft. Ob den im § 43 A. Reg. nicht vorgesehenen statutarischen Abänderungen der Bestimmung des Art. 224, Abs. 2 die staatliche Genehmigung zu erteilen ist, bleibt im einzelnen Falle dem freien Ermessen der Staatsbehörde überlassen (vergl. § 43, Abs. 1 A. Reg.). § 8.

§ 43 A. Reg. enthält über den Gegenstand folgende Bestimmungen:

a) Das Stimmrecht kann durch das Statut an den Besitz einer gewissen Anzahl von Aktien geknüpft werden. Mit dieser Bestimmung hat das Aktienregulativ das demokratische Prinzip, das seit der Aktiennovelle vom Jahre 1884 die deutsche Aktiengesetzgebung beherrscht, daß das Stimmrecht ein durch den Gesellschaftsvertrag unentziehbares Recht jedes Aktionärs bildet, abgelehnt. Das Aktienregulativ gestattet jedoch nicht, das Aktienkapital, an dessen Besitz § 9.

Digitized by Google

das Stimmrecht geknüpft ist, in beliebiger Höhe festzusetzen, sondern bestimmt, daß bei einem Aktienkapitale von wenigstens 1,000.000 Kronen und darüber für Aktien, welche zusammen einen Nennbetrag von 10.000 Kronen haben, und bei einem Aktienkapitale von weniger als 1,000.000 Kronen für Aktien, deren Nennbetrag zusammen ein Hundertstel des Aktienkapitals beträgt, mindestens eine Stimme zugestanden werden muß. Das Aktienregulativ gestattet — aber verlangt nicht — die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß mehrere Aktionäre, die einzeln nicht die zur Ausübung des Stimmrechtes notwendige Anzahl von Aktien besitzen, einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten bestellen können, der nach Maßgabe des von ihm vertretenen Aktienbesitzes das Stimmrecht in der Generalversammlung ausübt. Ohne eine diesbezügliche Statutenbestimmung steht den Aktionären dieses Recht nicht zu (Lehmann II., S. 164). Über die Form der Vollmacht siehe unten § 14.

§ 10. β) Die Anzahl der einem Aktionär zustehenden Stimmen kann durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder durch Bestimmung von Abstufungen beschränkt werden. So kann das Statut bestimmen, daß kein Aktionär mehr als zehn Stimmen führen darf (vergl. § 55 der Statuten der österreichischen Bodenkreditanstalt); das Statut kann auch bestimmen, daß kein Aktionär mehr als eine Stimme führen darf, wodurch eine Abstimmung nach Köpfen angeordnet ist (vergl. Behrend, § 122, Note 2). Ob die Aktionäre die Wirksamkeit solcher Beschränkungen durch Verteilung von Aktien umgehen können, darüber vergl. §§ 4 und 5 zu Art. 183).[6])

§ 11. γ) Wenn Aktien verschiedener Gattung oder Aktien mit verschiedenem Nennbetrage ausgegeben werden, so muß in das Statut eine Bestimmung aufgenommen werden, daß dem gleichen Nennbetrage des Aktienkapitals das gleiche Stimmrecht entspricht.

αα) Aktien verschiedener Gattung (über den Begriff „Aktiengattung" vergl. § 7 zu Art. 209). Unzulässig sind nach der hier angeführten Bestimmung statutarische Stimmrechtsbevorzugungen der Prioritätsaktien. Nach dem Gesetze sind sie zulässig (Renaud, S. 412).[7]) Unzulässig wäre nach dem Aktienregulativ z. B. eine Bestimmung, daß der Besitzer zweier Prioritätsaktien zwei Stimmen, der Besitzer zweier Stammaktien (von gleichem Nennbetrage) nur eine Stimme führen solle. Das Aktienregulativ verbietet aber lediglich, die verschiedenen Aktiengattungen mit verschiedenem Stimmrechte auszugestalten; erlaubt ist nach dem Aktienregulativ wie auch nach dem Gesetze (vergl. Renaud a. a. O.), eine Verschiedenheit der Stimmberechtigung nach Verschiedenheit der Aktien-

[6]) Über die Zweckmäßigkeit von Bestimmungen, welche die Kumulierung des Stimmrechtes über ein gewisses Maß hinaus verhindern, wird viel gestritten. Das Aktienregulativ hat sich dem deutschen Handelsgesetzbuche (§ 252, Abs. 1) in der Richtung angeschlossen, daß es — ohne die Kumulierung des Stimmrechtes über ein gewisses Maß hinaus direkt zu verbieten — die Aufnahme diesbezüglicher Bestimmungen in das Statut gestattet. Eine derartige Lösung dieser Frage wird auch zumeist für das künftige österreichische Aktienrecht befürwortet (vergl. Gutachten des niederösterr. Gewerbevereines, der Wiener Börsekammer und der Wiener Handels- und Gewerbekammer zu Frage 61 des Fragebogens). Kleinwächter (S. 19) allerdings verwirft jede Bestimmung, welche den Aktiengesellschaften eine Beschränkung des Stimmrechtes der Aktionäre nach oben auch nur gestattet.

[7]) Auch das deutsche Handelsgesetzbuch verbietet sie nicht.

Digitized by Google

art zu statuieren: z. B. Inhaberaktien in geringerem Maße als Namenaktien für stimmberechtigt zu erklären.

ββ) Wenn Aktien mit verschiedenem Nennbetrage ausgegeben werden, so zwingt das Aktienregulativ, im Statute von der Dispositivbestimmung des Art. 224, Abs. 2, daß jede Aktie eine Stimme gewährt, abzuweichen. Werden z. B. Aktien zu 5000 Kronen und solche zu 1000 Kronen ausgegeben, so würde nach dem Gesetze der Besitzer einer Aktie zu 5000 Kronen eine Stimme und der Besitzer von fünf Aktien zu 1000 Kronen fünf Stimmen haben. Das Aktienregulativ verlangt jedoch die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß nicht die Zahl der Aktien, sondern der Nennbetrag des Aktienkapitals, das durch den Aktienbesitz des einzelnen Aktionärs dargestellt wird, für das Stimmrecht maßgebend ist.

Zusatz 1. Für die Bedingungen des Stimmrechtes und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird, ist der Gesellschaftsvertrag maßgebend, der hierüber Bestimmungen enthalten muß (Art. 209, Z. 9). **§ 12.**

a) **Die Form der Ausübung** des Stimmrechtes, ob durch Stimmzettel oder Zuruf oder Aufstehen oder Sitzenbleiben, ist dem Gesellschaftsvertrage vorbehalten. Meist trifft der Gesellschaftsvertrag in dieser Beziehung keine Bestimmung, schreibt oft bloß für Wahlen die schriftliche Abstimmung vor (Statuten der österreichischen Länderbank und Bodenkreditanstalt) und überläßt die Bestimmung der Abstimmungsart dem Vorsitzenden oder auch der jeweiligen Generalversammlung (Statuten des österreichischen Kreditinstitutes für Verkehrsunternehmungen). Der Vorsitzende darf aber nicht nach Willkür verfahren, sondern nach den herkömmlichen Formen parlamentarischer Versammlungen (Behrend, § 122 bei Anm. 9). Näheres bei § 9 zu Art. 238. Eine Abstimmung durch Zuruf (Akklamation) erachtet man in der Praxis meist nur dann für zulässig, wenn sich kein Widerspruch gegen eine solche Abstimmungsart erhebt. Das ist aber durchaus nicht richtig. Will der Vorsitzende diese Abstimmungsart wählen, so kann er dies, wenn das Statut nicht entgegensteht, stets tun. Er zählt dann die bejahenden und verneinenden Zurufe und stellt so das Ergebnis der Abstimmung fest.

b) **Die Bedingungen des Stimmrechtes.** Hieher gehören in erster Linie Bestimmungen über die Art, auf welche sich die Aktionäre über ihr Stimmrecht auszuweisen haben (vergl. § 42 A. Reg.). In dieser Richtung kann das Statut bestimmen, daß die Aktien eine bestimmte Zeit vor der Generalversammlung deponiert werden müssen (§ 42, Abs. 2 A. Reg. setzt in diesem Punkte der Freiheit statutarischer Festsetzungen einige Grenzen). Auch Bestimmungen, nach welchen die Ausübung des Stimmrechtes von einer gewissen Dauer des Aktienbesitzes abhängig gemacht wird, können nach dem Handelsgesetzbuche, welches ja nicht auf dem Standpunkte steht, daß jede Aktie ein Stimmrecht gewähren muß, nicht als unzulässig bezeichnet werden. **§ 13.**

Auch die Frage, ob das Stimmrecht **persönlich** ausgeübt werden muß oder auch durch einen **Vertreter** ausgeübt werden kann oder durch einen solchen ausgeübt werden muß, ist eine Frage nach der Bedingung für die Ausübung des Stimmrechtes. Wenn das Statut hierüber nichts bestimmt, so muß die Zulässigkeit der Stellvertretung angenommen werden; dies folgt schon daraus, daß die Stellvertretung bei allen Rechtshandlungen zulässig ist, wo sie nicht besonders ausgeschlossen ist, und daß Handels- **§ 14.**

Digitized by Google

gesellschaften, juristische Personen sowie Unmündige ihr Stimmrecht überhaupt nur durch Vertreter ausüben können (Renaud, S. 413; Lehmann II., S. 164; Primker bei Endemann I., S. 563; vergl. auch § 39, Abs. 3 GmbHG.). Wenn das Statut keine gegenteilige Anordnung enthält, so kann der Aktionär sein Stimmrecht durch jeden beliebigen Stellvertreter ausüben; derselbe braucht bloß willensfähig zu sein, muß aber nicht verpflichtungsfähig sein (§ 1018 ABGB.). Wenn das Statut über die Legitimation des Vertreters nichts enthält und auch nicht bestimmt, wer über dieselbe zu entscheiden hat, so hat die Generalversammlung selbst zu entscheiden, ob die Legitimation des Vertreters als erbracht anzusehen ist (vergl. Lehmann II., S. 170), aber nicht nach Willkür. In der Regel wird das Statut schriftliche Vollmacht vorschreiben.[8]) Das Erfordernis schriftlicher Vollmacht trifft jedoch nicht den, der der Gesellschaft gegenüber als Aktionär legitimiert ist und im eigenen Namen auftritt, wenn er auch im Auftrage eines anderen handelt (vergl. § 5 zu Art. 183), und nichts ist verfehlter als das von Völderndorff (S. 554, Anm. 11) berichtete Vorgehen einer Steuerbehörde, welche alle Strohmänner als Steuerdefraudanten behandelte, weil sie keinen Vollmachtsstempel verwendet hatten.

Die entwickelten Grundsätze kommen aber nur zur Anwendung, wenn die Statuten über diesen Gegenstand keine besonderen Bestimmungen treffen. Nach dem Gesetze können die Statuten hier beliebige Beschränkungen aufstellen. So kann das Statut vorschreiben, daß die Aktionäre das Stimmrecht persönlich ausüben (frühere Statuten der Kaiser-Ferdinands-Nordbahn) oder daß freiwillige Stellvertretung nur durch Aktionäre zulässig ist (diese Bestimmung kommt in den Statuten außerordentlich häufig vor). Umgekehrt kann das Statut bestimmen, daß gewisse Aktionäre, z. B. Frauen, ihr Stimmrecht bloß durch Vertreter ausüben können. Auch kann das Statut die Maximalzahl der Stimmen festsetzen, die ein Vertreter führen darf (Lehmann II., S. 164; vergl. Statuten der österreichischen Bodenkreditanstalt).

§ 15. Soweit das Aktienregulativ Anwendung findet, sind der Freiheit statutarischer Regelung dieses Gegenstandes einige Grenzen gezogen. § 44 A. Reg. bestimmt:

α) Das Statut muß die Ausübung des Stimmrechtes durch Vertreter ausdrücklich zulassen. Es hätte genügt zu verbieten, daß das Statut persönliche Ausübung des Stimmrechtes vorschreibt; denn die Zulässigkeit der Vertretung ergibt sich schon von Rechts wegen (vergl. oben § 14).

β) Das Statut muß die Vertretung durch Bevollmächtigte zulassen, mögen dieselben Aktionäre sein oder nicht. Auch hier hätte es genügt zu verordnen, daß das Statut die Aktionäreigenschaft nicht als Erfordernis für die Person des Vertreters aufstellen darf. Aus der Fassung des Aktienregulativs muß übrigens geschlossen werden, daß das Statut andere Erfordernisse für die Person des Vertreters aufstellen kann, z. B. männliches Geschlecht, ein bestimmtes Alter, Unbescholtenheit usw.

γ) Das Statut muß die Form der Legitimation des Vertreters festsetzen. Daß das Statut die Beibringung einer schriftlichen Voll-

[8]) Nach § 252, Abs. 2, d. HGB., ist schriftliche Vollmacht erforderlich und genügend.

Digitized by Google

macht verlangen muß — was ja in der Regel der Fall sein wird — ist durch das Aktienregulativ nicht direkt vorgeschrieben. Nach dem Aktienregulativ könnte das Statut auch bestimmen, daß die Legitimation als erbracht anzusehen ist, wenn die erteilte Vollmacht durch zwei Zeugen bestätigt wird. Andrerseits braucht sich das Statut mit einer einfachen schriftlichen Vollmacht nicht zu begnügen, sondern kann auch eine öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde verlangen. Auch eine Bestimmung des Statuts, daß die Legitimation des Vertreters eine gewisse Frist vor Beginn der Generalversammlung nachgewiesen werden muß, ist nach dem Aktienregulativ nicht unzulässig (vergl. z. B. Statuten der österreichischen Bodenkreditanstalt).

b) Für nicht eigenberechtigte und juristische Personen sind die gesetzlichen und statutarischen Vertreter auch ohne besondere Bevollmächtigung zuzulassen. Die Bestimmung ist nicht besonders glücklich gefaßt. Der gesetzliche Vertreter einer nicht eigenberechtigten Person ist eben durch seine Eigenschaft als Vater, Vormund oder Kurator und der statutarische Vertreter einer juristischen Person durch die Vereinsverfassung bevollmächtigt. Die Eigenschaft als Vater, Vormund oder Kurator oder statutarischer Vertreter einer juristischen Person muß aber jedenfalls nachgewiesen werden. Der Sinn der in Rede stehenden Bestimmung (deren Wortlaut bereits in vielen vor Erlassung des Aktienregulativs abgefaßten Statuten vorkommt und dort sagen will, daß der Vertreter der genannten Personen nicht Aktionär zu sein braucht) kann nur der sein, daß bei gesetzlicher und statutarischer Vertretung keine besondere auf Ausübung des Stimmrechtes lautende Vollmacht gefordert werden darf.

Zusatz 2. Eine Zwangspflicht zur Enthaltung des Stimmrechtes für die Fälle, in denen eine Kollision zwischen dem Sonderinteresse eines einzelnen Aktionärs und dem Gesamtinteresse der Gesellschaft vorliegt, hat das Gesetz im allgemeinen nicht auferlegt (Primker bei Endemann I., S. 564; vergl. auch Staub bei Holdheim 12, S. 176). De lege ferenda besteht über die Zweckmäßigkeit einer derartigen Bestimmung — wie sie auch § 252, Abs. 3 d. HGB. enthält — kein Zweifel. Über die einzelnen Fälle, in denen das Gesetz der Tatsache der erwähnten Interessenkollision Rechnung trägt, siehe § 14 zu Art. 239. **§ 16.**

Zusatz 3. Eine besondere Art der Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse ist im Gesetze lediglich für bestimmte Fälle vorgeschrieben (vergl. Art. 214, Art. 242, Z. 2). Sonst genügt, wenn das Statut nichts Besonders vorschreibt, jede beliebige Privaturkunde (AblCl. 1515; Renaud, S. 433) und auch die Aufnahme einer solchen ist keine Bedingung für die zivilrechtliche Gültigkeit des gefaßten Beschlusses. Die Statuten verlangen oft eine besondere Art der Beurkundung, in der Regel Unterfertigung des Protokolles durch den Vorsitzenden, den Schriftführer und durch Skrutatoren; ab und zu wird auch Unterfertigung des Protokolles durch den landesfürstlichen Kommissär verlangt (Statuten der österreichischen Länderbank und Bodenkreditanstalt). Wo die Statuten eine besondere Form für die Beurkundung der Verhandlungen und Beschlüsse der Generalversammlung vorschreiben, ist im Zweifel auch die materiell-rechtliche Gültigkeit der gefaßten Beschlüsse von der Einhaltung dieser Form abhängig. Über die Beweiskraft der vorgenommenen Beurkundung entscheiden die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung. Nach dieser ist auch zu beurteilen, ob die statutarisch vorgesehene Beurkundung den Charakter einer öffentlichen oder privaten **§ 17.**

Digitized by Google

Urkunde hat. Die private Beurkundung genießt gesetzliche Beweiskraft nur im Umfange des § 294, ZPO.[9])

§ 18. **Zusatz 4. Das Recht der Teilnahme an der Generalversammlung.** Das Gesetz erwähnt diesen Begriff nicht ausdrücklich, aber er ist von praktischer Bedeutung und seine Entwicklung erscheint geboten.

a) Begriff und Verhältnis zum Stimmrecht. Das Stimmrecht ist eine derjenigen Befugnisse, welche den Inhalt des Teilnahmerechtes bilden. Andere zu diesem Inhalt gehörige Befugnisse sind: das Recht zu erscheinen, an den Beratungen teilzunehmen und Anträge zu stellen, und das Recht, den Beschlüssen zu widersprechen.

Es kann ein Aktionär das Stimmrecht nicht haben, wohl aber alle übrigen Befugnisse des Teilnehmerrechtes (siehe unten).

b) Sind die übrigen Befugnisse des Teilnahmerechtes außer dem Stimmrechte statutarischen Beschränkungen unterworfen? Das ist zu bejahen. Es liegt kein innerer Grund zu der Annahme vor, daß die übrigen Teilnehmerrechte in höherem Grade der Bestimmung durch den Gesamtwillen entzogen sein sollen, als das Stimmrecht. Demnach ist anzunehmen, daß die Statuten, wie das Stimmrecht, so auch alle übrigen Teilnahmebefugnisse an bestimmte Voraussetzungen knüpfen können, und zwar bis zu der Grenze, daß keinem Aktionär die Möglichkeit selbst oder durch einen Vertreter die Teilnahmebefugnisse auszuüben, genommen werden kann (a. M. Nothnagel, S. 155).

Soweit aber das Statut die übrigen Teilnahmebefugnisse nicht beschränkt, insoweit bestehen sie unbeschränkt. Grundsätzlich gilt dies auch da, wo das Stimmrecht beschränkt ist, weil eben das Stimmrecht ein von den übrigen Teilnahmebefugnissen verschiedenes Recht ist und jenes fehlen kann, wo diese bestehen (Bachmann, S. 112; vergl. zu a).

Indessen läßt sich doch nicht verkennen, daß die Gesellschaftsstatuten oft, wenn sie von Bedingungen des Stimmrechtes reden, das ganze Teilnahmerecht im Auge haben. In solchen Bestimmungen wird, wenn die Absicht der Statuten klar ist, in analoger Anwendung des Art. 278 eine Beschränkung der sämtlichen Teilnahmebefugnisse zu erblicken sein. So z. B. wenn die Statuten das Stimmrecht von Frauen, der bürgerlichen Ehrenrechte Beraubten nur durch Vertreter zulassen, nicht auch, wenn sie bestimmen, daß nur derjenige mitstimmen darf, der seine Aktien drei Tage vorher deponiert hat. Daß durch diese, die Erleichterung des Abstimmungsgeschäftes und die Vorbereitung der Präsenzliste bezweckende Bestimmung das volle Teilnahmerecht bedingt werden soll, ist nicht ohneweiters anzunehmen. Deshalb darf ein Aktionär, der nicht rechtzeitig deponiert hat, nicht gehindert werden, in der Generalversammlung zu erscheinen, zu diskutieren, Anträge zu stellen, zu widersprechen und folgeweise die Beschlüsse auch anzufechten.

Selbstverständlich ist, daß die Versammlung zum persönlichen Erscheinen, auch zum Diskutieren jeden zulassen kann, der nicht Aktionär ist, und zwar durch Majoritätsbeschluß.

c) Das Teilnahmerecht kann nur persönlich oder durch Vertreter ausgeübt werden. Beistände mitzubringen, etwa Rechtsanwälte, braucht

---

[9]) Nach § 259 d. HGB., ist die Gültigkeit eines jeden Generalversammlungsbeschlusses davon abhängig, daß die Verhandlung durch ein gerichtliches oder notarielles Protokoll beurkundet wird.

Digitized by Google

die Generalversammlung nicht zu gestatten, aber sie kann es (vergl. zu b) a. E.).

d) Die Teilnahmebefugnisse können erzwungen werden durch Klage und einstweilige Verfügung. Der Registerrichter hat damit nichts zu tun (zust. Ring, Anm. 1).

Zusatz 5. Rechtsmittel gegen Beschlüsse der Generalversammlung.[10] **§ 19.**

Die Beschlüsse der Generalversammlung sind nur dann für die einzelnen Aktionäre verbindlich, wenn sie Gesetz oder Statuten nicht verletzen; aber die Ungültigkeit ist nicht immer von der gleichen Wirkung. Sind öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt, hinsichtlich deren auf die Folge nicht verzichtet werden kann, so sind die Beschlüsse eo ipso ungültig und der Vorstand darf sie nicht ausführen (vergl. unten § 31). Die Aktionäre brauchen den Beschluß nicht gegen sich gelten zu lassen. Sind dagegen solche gesetzliche Vorschriften verletzt, hinsichtlich deren auf die Folge der Verletzung verzichtet werden kann, so ist der Beschluß zwar ebenfalls ungültig, doch kann der Vorstand ihn ausführen (vergl. unten § 31) und es ist Sache der Aktionäre, den Beschluß anzufechten.

Den Aktionären stehen gegen ungültige Beschlüsse folgende Rechtsmittel zu:

I. Die **Anfechtungsklage.** **§ 20.**

a) Die Bezeichnung dieses Rechtsmittels und seine theoretische Rechtfertigung. Wenn ein Generalversammlungsbeschluß Gesetz oder Statut verletzt, so ist er ungültig und es kann diese Ungültigkeit durch jeden Aktionär im Wege der Klage geltend gemacht werden. Man kann diese Klage eine Anfechtungsklage nennen, wenn man sich nur bewußt ist, daß nicht erst die Klage die Ungültigkeit des Beschlusses bewirkt, sondern daß die Klage nur die richterliche Feststellung der an sich bestehenden Ungültigkeit anstrebt und bewirkt (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 129, und speziell für diesen Gegenstand Bekker in GZ. 17, S. 428). Doch soll hier der Ausdruck „Anfechtungsklage" beibehalten werden; er hat sich in Erinnerung an die Terminologie der Aktiennovelle vom Jahre 1884 und des deutschen Handelsgesetzbuches, wo dieselben theoretischen Bedenken entgegenstehen und das Gesetz doch diesen Ausdruck gebraucht, allgemein eingebürgert und ist auch bereits vor Erlassung der genannten Gesetze in der Praxis üblich gewesen. Die Zulässigkeit einer solchen Anfechtungsklage hat das geltende Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen; allein die deutschen Gerichte haben schon vor der Aktiennovelle vom Jahre 1884, die das Anfechtungsrecht zuerst gesetzlich geregelt hat (vergl. jetzt §§ 271 ff. d. HGB.), ein solches Recht, da es sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt, gewährt (Oberstes Appellationsgericht Berlin in GZ. 15, S. 271; ROHG. 11, S. 120; 14, S. 357; 25, Nr. 76, RG., S. 126). Der Oberste Gerichtshof geht von der gleichen Auffassung aus (AblCl. 720, 1936, 2137, 2138, 2355). Mit der Judikatur stimmt die Theorie überein (Behrend, § 123, Note 20; Renaud, S. 465; Renaud in Busch Arch., Bd. 45, S. 51; Hahn, § 2 zu Art. 216; Thöl, 6. Aufl., Bd. 1, S. 496; Bekker a. a. O.;

[10]) Der folgenden Darstellung wurden im wesentlichen die Ausführungen Staubs über diesen Gegenstand in seinem Kommentar zum Gesetze, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 45, Anm. 12 ff.), zu Grunde gelegt, da dieselben auf alle juristischen Personen, hinsichtlich welcher diese Materie nicht gesetzlich geregelt ist, Anwendung finden müssen.

Digitized by Google

Stroß, Genossenschaftsrecht, S. 236; Mayrhofer, Bd. 5, S. 353; Blaschke-Pitreich, S. 214; Pollitzer, S. 270; Randa, II., S. 155; vergl. auch Lehmann II., S. 211; Rehm, S. 68, Note 15; Felix Mayer, Über den Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften, GZ. 1900, S. 383). Die Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884 bemerken (S. 237) vollkommen richtig: „Die Generalversammlung erhält ihre Berechtigung, als Organ der Gesellschaft zu fungieren, lediglich durch das Gesetz und den Gesellschaftsvertrag. Gesetz und Statut begrenzen ihre Befugnisse. Beschlüsse einer nicht gehörig berufenen Generalversammlung oder Beschlüsse, welche die Grenze ihrer Zuständigkeit überschreiten, auf die Unterlassung von etwas Gebotenem oder auf die Vornahme von Verbotenem gerichtet sind, braucht derjenige Aktionär, welcher sich ihnen nicht unterworfen hat, als einen ihn bindenden Willen der Gesellschaft nicht gelten zu lassen. Die Unterstellung der einzelnen Aktionäre unter die Willensäußerung der Generalversammlung deckt sich mit den für die letztere durch Statut und Gesetz gezogenen Grenzen."[11])

§ 21. b) Der rechtliche Charakter dieser Anfechtungsklage ist kein anderer als der der Feststellungsklage nach § 228 ZPO. Allerdings ist Gegenstand der Feststellungsklage nicht die Feststellung der Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes; denn der Generalversammlungsbeschluß ist kein Rechtsgeschäft. Rechtsgeschäft ist bloß die Stimmabgabe des einzelnen Aktionärs. Der Generalversammlungsbeschluß ist nicht das Ergebnis mehrerer von Seite der einzelnen Aktionäre gegeneinander abgegebenen Erklärungen, sondern nichts als die Tatsache, daß in einer ordnungsmäßig berufenen und geleiteten Generalversammlung unter Beobachtung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften eine bestimmte Anzahl von Aktionären für einen bestimmten Gegenstand gestimmt hat. Aus dieser Erwägung kann sich aber kein Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage ergeben. Denn nicht eigentlich die Feststellung der Tatsache, daß ein Generalversammlungsbeschluß nicht vorliegt, weil in einem der angeführten Punkte Gesetz oder Statut verletzt wurden, wird begehrt, sondern die Feststellung, daß dasjenige, was als Generalversammlungsbeschluß ausgegeben wurde, für den einzelnen Aktionär nicht bindend ist, sohin die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses; denn als solches sind gewiß die Beziehungen der einzelnen Mitglieder einer Korporation zur Korporation selbst anzusehen (vergl. Ott, Die Feststellungsklage, GZ. 1899, S. 34). Aus der Natur der in Rede stehenden Klage als einer Feststellungsklage ergeben sich die weiteren Konsequenzen.

§ 22. c) Wem steht die Anfechtungsklage zu und gegen wen ist sie zu richten? Sie ist zwischen denjenigen Personen zum Austrage zu bringen, zwischen denen der fragliche Rechtsstreit besteht, also zwischen der Aktiengesellschaft und den Aktionären. Das will sagen: Jeder Aktionär, aber auch nur dieser hat dieses Recht, nicht auch der Besitzer des Dividendencoupons (ROHG. 11, S. 120) oder der Besitzer einer Prioritätsobligation (vergl. § 4 im Exkurse 2 zu Art. 215), auch nicht dem Besitzer von

[11]) Eine gesetzliche Regelung des Anfechtungsrechtes in Anlehnung an die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches wird auch für das künftige österreichische Aktienrecht allgemein empfohlen (vergl. die gutächtlichen Äußerungen der Wiener Börsekammer, der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer und des niederösterreichischen Gewerbevereines zu Frage 50 des Fragebogens). Für die Gesellschaften mbH. enthalten eine gesetzliche Regelung des Anfechtungsrechtes die §§ 41, 42, GmbHG.

Digitized by Google

Gründeranteilscheinen, der nicht Aktionär ist (anders AdlCl. 2355), ebensowenig dem Inhaber eines bloß Gläubigerrechte verbriefenden Genußscheininhabers (OLG. Dresden bei Holdheim 10, S. 100; vergl. § 1 im 2. Exkurse zu Art. 248). Zu richten ist die Klage gegen die Aktiengesellschaft. Bedenklich ist es, die Klage auch gegen den widersprechenden Aktionär zu gewähren; denn die Aktionäre stehen nicht zueinander, sondern zur Aktiengesellschaft in einem Rechtsverhältnisse, und überdies kann jeder Aktionär stimmen, wie er will, und braucht sich nicht zur Zurückziehung seiner Stimmabgabe verhalten zu lassen (vergl. RG. 49, S. 145, in Ansehung der deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Auch dem Vorstande steht die Klage nicht zu (vergl. RG. 49, S. 149). Denn der Vorstand kann nicht als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft diese in Angelegenheiten der Gesellschaft klagen (Lehmann II., S. 217). Ferner ist er an die Beschlüsse der Generalversammlung, auch wenn sie nicht rechtsgültig sind, gebunden, sofern sie nur nicht unverzichtbare öffentlich-rechtliche Ungültigkeiten enthalten. (Daß § 271 d. HGB. eine solche Klage dem Vorstande gewährt, ist eine Anomalie.) Der Gesellschaft kann es dagegen nicht verwehrt werden, gegen die Aktionäre auf Gültigkeit oder Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses zu klagen, sofern nur die Voraussetzungen der Feststellungsklage gegeben sind (rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung vergl. § 24 unten).

Die hauptsächlichste Anwendung dieser Klage wird wohl die Klage des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft sein. Diese steht dem nicht erschienenen Aktionär ohneweiters zu. Er kann die Klage nicht bloß darauf stützen, daß die Einberufung nicht gehörig erfolgt ist, sondern auf jede Gesetzes- oder Statutenverletzung. Auch der erschienene Aktionär kann die Klage auf jede Gesetzes- oder Statutenverletzung stützen, auch wenn er dem Beschlusse nicht ausdrücklich widersprochen hat (Motive zum Aktiengesetze von 1884, S. 237; dagegen Gründe des Obersten Appellationsgerichtes Berlin in GZ. 15, S. 271), sofern er nur nicht dafür gestimmt oder sonst dem Beschlusse zugestimmt hat. In der letzteren Lage befindet er sich auch dann, wenn er nur mit einem Teile seiner Stimmen dafür gestimmt hat (vergl. RG. 33, S. 92). § 23.

Die Beantwortung der Frage, ob dem Rechtsstreite zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft jeder Aktionär als Nebenintervenient beitreten kann, hängt davon ab, ob man eine Rechtswirkung des Urteiles auch gegen die übrigen Aktionäre annimmt (vergl. unten § 29). Wer diese Frage verneint, muß das Interventionsrecht versagen; denn das bloße faktische wirtschaftliche Interesse, welches die Mitglieder einer juristischen Person an deren Obsiegen besitzen, begründet noch nicht das im § 17, Abs. 1 ZPO. geforderte rechtliche Interventionsinteresse (Pollak, Zivilprozeß, S. 142; Skedl, S. 366).

d) Worauf kann die Klage gestützt werden? Auf jede Gesetzes- oder Statutenverletzung. Doch muß ferner hinzukommen, daß der Aktionär ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, da es sich ja (vergl. oben § 21) um eine Feststellungsklage im Sinne des § 228 ZPO. handelt. Demnach kann der Aktionär seine Klage nicht lediglich darauf stützen, daß Gesetz oder Statut verletzt sind. Es kann ihm sehr wohl eingewendet werden — ja, er muß diesem Einwand zum Zwecke der Klagebegründung seinerzeit begegnen — daß er kein Interesse an der Anfechtung hat, sei es, daß das Verhältnis der Aktiengesellschaft dadurch § 24.

Digitized by Google

nicht berührt wird, infolgedessen auch sein Verhältnis nicht, sei es, daß seine eigenen Verhältnisse dadurch nicht verändert werden. Z. B. kann der Aktionär, der keine Prioritätsaktien besitzt, nicht den Beschluß anfechten, daß den Prioritätsaktien ihr Vorzugsrecht genommen werden soll. Umgekehrt können bloße Zweckmäßigkeitsfragen, bloße Schädigungen der Gesellschaft nicht den Grund zur Klage geben, wenn nicht Gesetz oder Statut verletzt sind (RG. 3, S. 126; AdlCl. 2137 und 2138). Treffen aber beide Voraussetzungen zusammen, sind Gesetz oder Statut verletzt und hat der anfechtende Aktionär ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Rechtsungültigkeit des Beschlusses, so kann dem anfechtenden Aktionär nicht eingewendet werden, die Ausführung des Beschlusses sei aus sittlichen oder sozialen Gründen geboten. Unter Verletzung des Gesetzes insbesondere ist die Verletzung jeder rechtlichen Norm zu verstehen, wenn es sich um materielle oder formelle Normen handelt[12]); zunächst Verletzung des Handelsgesetzbuches selbst. Wenn z. B. über einen Gegenstand, der in der kundgemachten Tagesordnung nicht aufgenommen war, Beschluß gefaßt wurde. Es brauchen aber nicht gerade die Vorschriften des Handelsgesetzbuches zu sein, die verletzt sind. Auch auf die Verletzungen anderer Vorschriften kann die Anfechtung gestützt werden; nicht aber auf Verletzung der Vorschriften des Regulativs als solche; diese sind erst dann von zivilrechtlicher Bedeutung, wenn sie in das Statut aufgenommen worden; dann aber liegt keine gesetzliche, sondern eine statutarische Vorschrift vor (vergl. § 9 zu Art. 207). Endlich kann das Anfechtungsrecht auch auf die Verletzung des Handelsgewohnheitsrechtes gestützt werden (vergl. § 9a zu Art. 238). Beschlüsse der Generalversammlung, die ihrer Zuständigkeit durch das Statut entzogene Gegenstände betreffen, sind wegen Verletzung des Gesellschaftsstatuts anfechtbar (OLG. Hamburg bei Seuff Arch. 57, Nr. 177). Auch bei Statutenverletzungen ist zu bemerken, daß für deren Auslegung Art. 279 heranzuziehen ist. Verstöße hiegegen sind Verletzungen der Statuten. Endlich braucht die Gesetzes- oder Statutenverletzung nicht gerade gegen denjenigen Aktionär gerichtet zu sein, der sie anficht. Es kann z. B. der erschienene Aktionär klagen, weil dem anderen unzulässigerweise der Eintritt verweigert wurde. Wer an der Generalversammlung teilgenommen hat, kann gleichwohl ordnungswidrige Berufung rügen. Das Requisit der Gesetzes- oder Statutenverletzung bedeutet übrigens nicht, daß nur eine revisio in jure, wie bei der Revision im Zivilprozesse, statthaft sei, so daß wegen tatsächlicher Erwägungen Anfechtungen ausgeschlossen wären. Das Gesetz kann vielmehr verletzt werden durch jedes Geschehnis, welches mit den Gesetzen in Widerspruch steht. Ob ein solches Geschehnis vorliegt, hat der Richter, der über die Anfechtungsklage entscheidet, zu prüfen, in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht. Die Frage, ob der Beschluß auf der gerügten Verletzung beruhen muß, ist zu verneinen (vergl. Staub[8]), Anm. 4 zu § 271). Es genügt, daß bei der Vorbereitung der Generalversammlung, bei der Verhandlung oder bei der Beschlußfassung eine Verletzung von Gesetz oder Statuten erfolgt ist. Der Beweis, daß der

[12]) Unzutreffend schränkt Landesberger (S. 126) die gerichtliche Anfechtungsklage auf die Anfechtung wegen nicht formeller Ungültigkeit ein; wegen formeller Ungültigkeit soll dem Beteiligten nur die Anfechtung bei den Verwaltungsbehörden offen stehen (gegen diese Unterscheidung auch Randa II., S. 155).

Digitized by Google

Beschluß auf ihr beruht, braucht nicht geführt zu werden. Doch ist der Gegenbeweis zulässig, daß die Verletzung auf das Ergebnis einflußlos gewesen ist, so z. B., wenn die erforderliche Majorität auch dann vorhanden wäre, wenn derjenige, dessen Mitstimmen gerügt wurde, nicht mitgestimmt hätte. Dieser Beweis ist jedoch dahin zu führen, daß die Verletzung sicher ohne Einfluß ist. Solche Verletzungen jedoch, deren möglicher Einfluß auf das Ergebnis sich nicht übersehen läßt, begründen die Anfechtung, so z. B. der ungerechtfertigte Ausschluß eines Aktionärs von der Generalversammlung oder von der Diskussion. Der Beweis der Verletzung kann durch jedes Beweismittel geführt werden, auch wenn dadurch die Interna einer geheimen Abstimmung an das Tageslicht gezogen werden (vergl. Staub, 8. Aufl., Anm. 4 zu § 271).

e) Die Anfechtung ist an keine Frist gebunden (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 237; Lehman II., S. 213). Das ist ein großer Übelstand. Es kann dadurch kommen, daß nach Jahren die Rechtsgültigkeit eines Beschlusses im Wege der Klage angefochten werden kann. Ein Korrektiv hiegegen ist das Recht der Gesellschaft auf Anstellung der Feststellungsklage gegen diejenigen Aktionäre, welche die Rechtsgültigkeit des Beschlusses bestritten haben. Ein weiteres Korrektiv besteht darin, daß der Vorstand der Gesellschaft berechtigt ist, Beschlüsse der Gesellschaft, auch wenn sie nicht rechtsgültig sind, wenn sie nur nicht öffentlich-rechtliche Ungültigkeiten enthalten, auszuführen und die Schadenersatzansprüche einzelner, die Rechtsungültigkeit nachträglich behauptender Aktionäre abzulehnen, da sie ein konkurrierendes Verschulden trifft (§ 1304 ABGB.), wenn sie den Beschluß unangefochten lassen (vergl. unten § 30). Auch wird man, wenn ein Aktionär von der Gesellschaft aufgefordert wird, seinen Widerspruch im Wege der Klage zu verfolgen, und er dies nicht tut, einen solchen Aktionär so zu behandeln, als habe er dem Beschlusse schlechthin zugestimmt oder wenigstens ihn nicht anfechten wollen, und daher wird trotz Ausführung des Beschlusses diesem Aktionär gegenüber eine Schadenersatzpflicht nicht begründet sein. § 25.

f) Die staatliche Genehmigung eines Generalversammlungsbeschlusses macht dessen Anfechtbarkeit im Wege der Feststellungsklage nicht unzulässig (AdlCl. 2137, 2138; Lehmann II., S. 213). § 26.

g) Die Klage ist der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen (§ 39, Z. 3 EinfG. zum HGB.; Mayrhofer V., S. 353). Denn unter den Worten „Streitigkeiten der Handelsgesellschafter zueinander" sind auch die aus der Mitgliedschaft entspringenden Streitigkeiten der Aktiengesellschaft mit den Aktionären verstanden (Horten, S. 224). Je nach dem Werte des Streitgegenstandes ist das Handelsgericht (Handelssenat des Kreis- oder Landesgerichtes) oder das Bezirksgericht für Handelssachen (in Ermanglung eines solchen das allgemeine Bezirksgericht, vergl. § 446 ZPO.) zuständig (§ 51, Abs. 2; § 52 JN.). § 27.

h) Als Wert des Streitgegenstandes ist lediglich das Interesse des Klägers anzusehen. Der Kläger, also die klagende Gesellschaft oder der klagende Aktionär, hat den Wert des Interesses in der Klage anzugeben (§ 56, Abs. 2 JN.). § 28.

i) Das im Prozesse ergehende Urteil, soweit es überhaupt der Rechtskraft fähig ist (vergl. Ott a. a. O.), schafft Rechtskraft zwischen der Gesellschaft und allen Aktionären, nicht bloß § 29.

Digitized by Google

zwischen der Gesellschaft und demjenigen Aktionär, der im Prozesse Kläger oder Beklagter war (dagegen AdlCl. 720, und Landesberger, S. 128). Denn sobald ein Aktionär im Anfechtungsprozesse obsiegt hat und der Beschluß der Generalversammlung rechtskräftig für ungültig erklärt worden ist, steht fest, daß der Beschluß nicht Wille der Gesellschaft ist. Es gibt aber nur einen Willen der Gesellschaft. Aus dieser Beschaffenheit des strittigen Rechtes ergibt sich die präjudizielle Wirkung gegen alle Aktionäre (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 239).

Die österreichische Zivilprozeßordnung steht der Annahme einer solchen erweiterten Rechtskraft nicht entgegen; denn die §§ 14 und 20 ZPO. anerkennen ausdrücklich, daß, abgesehen von positiven gesetzlichen Vorschriften, ein Urteil auch gegen dritte Personen Rechtskraft erlangen kann „kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtes" (vergl. Tilsch, S. 30).

Billigt man diese Ansicht, so muß man aber jedem Aktionär gestatten, dem Anfechtungsprozesse als Nebenintervenient beizutreten; denn der Umstand, daß das im Prozesse ergehende Urteil gegen jeden Aktionär Rechtskraft wirkt, bildet das im § 17, Abs. 1 geforderte rechtliche Interesse (vergl. Skedl, S. 365, Note 22; R. Pollak a. a. O., S. 143). Dem Aktionär, der als Nebenintervenient beitritt, kommt daher die Stellung eines Streitgenossen zu (§ 20 ZPO.).

§ 30. k) Die Folge des Urteiles ist, daß der Aktionär beanspruchen kann, daß der Beschluß, wenn er noch nicht ausgeführt ist, nunmehr nicht ausgeführt werde, und wenn er ausgeführt ist, daß derjenige Schade zu ersetzen ist, der ihm durch die Ausführung des Beschlusses erwachsen ist. Man wird jedoch annehmen können, daß der Aktionär, wenn er mit der Anfechtung gezögert hat, damit ein konkurrierendes Versehen begangen und dadurch unter Umständen seinen Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 1304 ABGB. verwirkt hat.

§ 30a. l) Außer der Klage auf Ungültigkeit ist auch die Einrede der Ungültigkeit zulässig. Wird ein Aktionär auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses verklagt, so ist er berechtigt, die Ungültigkeit des Beschlusses einredeweise geltend zu machen. Ebenso kann ein rechtskräftiger Ausspruch über die Unverbindlichkeit des Beschlusses vom Kläger oder Beklagten im Wege des Zwischenantrages auf Feststellung gemäß § 236 und § 259 ZPO. begehrt werden, wenn die in diesen Gesetzesstellen angegebenen Voraussetzungen vorliegen.

§ 31. m) Welches ist nun das Verhältnis des Vorstandes gegenüber einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschlusse? Hier muß unterschieden werden zwischen verzichtbarer und nicht verzichtbarer Ungültigkeit. Bei unverzichtbarer Ordnungswidrigkeit, also bei Beschlüssen, welche gegen Sonderrechte verstoßen oder welche gar Rechte Dritter verletzen oder welche Maßregeln anordnen, die das Gesetz aus öffentlichrechtlichen Gründen verbietet, sei es, daß sie gegen das Wesen der Aktiengesellschaft verstoßen, sei es, daß sie sonst dem öffentlichen Rechte absolut zuwiderlaufen, z. B. wenn der Generalversammlungsbeschluß den Aktionären neue Leistungen auferlegt, ohne daß sie zustimmen, oder wenn Aktiven über ihren Wert in die Bilanz eingestellt werden sollen, oder die Auszahlung aus dem Stammkapitale angeordnet wird, darf der Vorstand den Beschluß nicht ausführen; er macht sich sonst ver-

Digitized by Google

antwortlich gemäß Art. 241. Anders hingegen, wenn die Ordnungswidrigkeit verzichtbar ist. Verzichtbar sind alle Ordnungswidrigkeiten, die lediglich gegen das Statut verstoßen oder gegen dispositive Gesetzesvorschriften, nicht gegen öffentlich-rechtliche. (Es gibt auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, deren Verletzung im einzelnen Falle ungerügt bleiben kann mit der Wirkung, daß auf die Folge der Verletzung verzichtet ist; vergl. RG. 51, S. 98.) Hier darf der Vorstand den Beschluß auch ausführen, wenn er die Ordnungswidrigkeit kennt. (Mehr will wohl die Entscheidung des ROHG. 11, S. 120, auch nicht sagen; zu weit gehend Bekker in GZ. 17, S. 428, der ganz allgemein lehrt, daß die Gesellschaftsorgane, die einen gegen Gesetz oder Statut verstoßenden Generalversammlungsbeschluß ausführen, so zu behandeln sind, als wenn sie ohne Beschluß handeln würden; ähnlich Lehmann II., S. 217). Denn der Vorstand kann immer davon ausgehen, daß die Aktionäre es in der Hand haben, Verfügungen zu treffen, die gegen das Statut oder sonst verzichtbare Vorschriften verstoßen, und daß es Sache der Aktionäre ist, die Ungültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses geltend zu machen und die Ausführung dieses Beschlusses durch Richterspruch zu verhindern. Nicht der Vorstand ist der Wächter der einzelnen Aktionäre, sondern die Aktionäre selbst sind es. Der Vorstand hat die Interessen der Aktiengesellschaft, nicht die der Aktionäre zu hüten. Mit Rücksicht darauf, daß das über die Anfechtungsklage ergehende Urteil gegen sämtliche Aktionäre präjudiziell wirkt, kann sich der Vorstand unter Umständen verantwortlich machen, wenn er Beschlüsse ausführt, von denen er weiß, daß sie angefochten werden oder angefochten werden sollen.

1) Werden in ein und derselben Generalversammlung mehrere Beschlüsse gefaßt, so steht es im Belieben des Anfechtungsberechtigten, welchen Beschluß er anficht, auch wenn der Ungültigkeitsgrund alle Beschlüsse betrifft. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die mehreren Beschlüsse infolge ihres rechtlichen Zusammenhanges als eine Einheit anzusehen sind; in diesem Falle kann sich die Anfechtung nur auf alle Beschlüsse zusammen beziehen (AdlCl. 2355).

II. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. § 32.

Wenn Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen Gesetz oder Statut verstoßen, von der Verwaltungsbehörde genehmigt werden[13]), so steht dem einzelnen Aktionär gegen die betreffende Verfügung der Verwaltungsbehörde das Recht der **Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof** zu gemäß § 2 des Ges. vom 22. Okt. 1875, RGBl. Nr. 36 ex 1876 (zustimmend Randa II., S. 155). Denn es handelt sich hier nicht um die bloße Anrufung des staatlichen Aufsichtsrechtes (vergl. § 18 zu Art. 208), sondern um die Anfechtung einer ungesetzlichen Verfügung der Verwaltungsbehörde; ungesetzlich aber ist die Genehmigung deshalb, weil dieselbe nur statthaft ist, wenn der genehmigte Generalversammlungsbeschluß in jeder Beziehung legal ist. Das verletzte Recht

[13]) Es ist gleichgültig, ob die staatliche Genehmigung kraft Gesetzes (vergl. Art. 214, 248) oder kraft Bestimmung des Statutes eine Bedingung für die Gültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses ist. Solche Statutenbestimmungen kommen oft vor. Nach § 23 VersReg. muß im Statute für gewisse Beschlüsse die staatliche Genehmigung vorbehalten werden.

Digitized by Google

aber, welches dem Aktionär die Legitimation zur Ergreifung der Beschwerde verleiht, ist das kraft Gesetz und Statut aus seiner Mitgliedschaft entspringende Recht auf Fassung gesetzlicher und statutarischer Beschlüsse der Generalversammlung. Auch hat der Verwaltungsgerichtshof in konstanter Praxis ausgesprochen, daß die Beschwerde auch demjenigen zusteht, dessen Recht durch eine Entscheidung verletzt ist, die nicht an ihn ergangen ist (vergl. die in der Manzschen Ausgabe des oben angeführten Gesetzes in Note 9 zu § 2 angeführten Entscheidungen). In diesem Sinne erfolgten die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes bei Budwinski 3947 und 8551. Ein Interesse an alsbaldiger Feststellung ist keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

§ 33. Das Rechtsmitel der Anfechtungsklage und der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof können demnach, wenn die Voraussetzungen für beide Rechtsmittel gegeben sind, dem Aktionär gleichzeitig zustehen. Er kann nach Belieben von einem der beiden Rechtsmittel oder von beiden Gebrauch machen, und zwar auch so, daß er erst das eine und nach Erfolglosigkeit desselben das andere anstrengt; selbstverständlich ist, daß das Gericht, welches über eine Anfechtungsklage, und der Verwaltungsgerichtshof, der über eine gegen die erteilte Genehmigung eines Generalversammlungsbeschlusses gerichtete Beschwerde entscheidet, ihre Entscheidungen voneinander vollkommen unabhängig treffen. Der Gegenstand der Entscheidung ist auch ein rechtlich vollkommen verschiedener: das Gericht entscheidet über das Bestehen eines Privatrechtsverhältnisses, der Verwaltungsgerichtshof aber über die Legalität einer behördlichen Verfügung. Tatsächlich aber sind die beiden Entscheidungen von den gleichen Vorfragen abhängig, nämlich von der Frage, ob der Generalversammlungsbeschluß nicht gegen Gesetz oder Statut verstößt. Die verschiedene Beantwortung dieser Vorfrage kann daher zu faktisch einander widersprechenden Entscheidungen des Gerichtes und des Verwaltungsgerichtshofes führen. Wenn dies der Fall ist, so tritt folgender Rechtszustand ein: Verneint der Verwaltungsgerichtshof die behauptete Gesetz- oder Statutenwidrigkeit des staatlich genehmigten Generalversammlungsbeschlusses, so ist damit nur ausgesprochen, daß die staatliche Genehmigung in Kraft bleibt; das hindert aber nicht die Erhebung der Anfechtungsklage vor dem Zivilrichter. Wird derselben stattgegeben, so tritt die Rechtskraft des Urteiles, welches die Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses ausspricht, ohne Rücksicht auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ein, welche eine Beschwerde gegen die erteilte staatliche Genehmigung zurückweist. Wird umgekehrt die Verfügung der Verwaltungsbehörde, welche einem Generalversammlungsbeschlusse die staatliche Genehmigung erteilt, vom Verwaltungsgerichtshofe aufgehoben, so ist der Generalversammlungsbeschluß, der der staatlichen Genehmigung bedarf, vorläufig wirkungslos, auch wenn der Zivilrichter in seiner Entscheidung über die Anfechtungsklage die behauptete Gesetz- oder Statutenwidrigkeit verneint. Die Wirkungslosigkeit tritt nicht deshalb ein, weil der Verwaltungsgerichtshof entgegen dem Zivilrichter annimmt, daß der Beschluß gesetz- oder statutenwidrig sei — eine Ansicht, die übrigens nur in den Gründen des Erkenntnisses zum Ausdrucke gelangt — sondern auf Grund der bloßen Tatsache, daß infolge des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes die erforderliche staatliche Genehmigung nunmehr nicht vorhanden ist.

Hinsichtlich der der staatlichen Genehmigung zu ihrer Gültigkeit nicht bedürftigen Generalversammlungsbeschlüsse steht der Verwaltungsbehörde

Digitized by Google

jedenfalls das Recht zu, die Legalität des Beschlusses zu prüfen und im Falle der Fassung gesetz- und statutenwidriger Beschlüsse gegen die Gesellschaft im administrativen Wege einzuschreiten und die Ausführung der unter Verletzung von Gesetz- oder Statut gefaßten Beschlüsse zu sistieren.[14]) Das folgt aus dem im § 22 BerG. der Regierung eingeräumten Aufsichtsrechte (Mayrhofer V., S. 538; vergl. § 18 zu Art. 208). Jedoch steht dem einzelnen Aktionär nicht das Recht zu, zu verlangen, daß die Verwaltungsbehörde ihr Aufsichtsrecht in dieser Richtung geltend macht (vergl. § 18 zu Art. 208).

Zusatz 6. Die Stellung des Registerrichters zu den Generalversammlungsbeschlüssen. **§ 34.**

a) Generalversammlungsbeschlüsse, die der Eintragung nicht bedürfen, auf ihre Gültigkeit zu prüfen, liegt außerhalb der Kompetenz des Registerrichters (Johow 12, S. 35). Auch dann hat der Registerrichter die Legalität eines an sich der Eintragung nicht bedürftigen Generalversammlungsbeschlusses nicht zu prüfen, wenn dieser Generalversammlungsbeschluß Anlaß zu einer anderen Eintragung gibt, z. B. wenn es sich um Eintragung der gewählten Vorstandsmitglieder handelt (AdlEl. 1817, 981; Randa II., S. 80, Note 82a; anders bezüglich Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, OGH. 28. Aug. 1906, ZBl. 1906, Nr. 443).

b) Bei Beschlüssen, welche zu ihrer Gültigkeit der Eintragung bedürfen, hat der Registerrichter unbestrittenermaßen zu prüfen, ob sie nicht dem öffentlichen Rechte zuwiderlaufen oder Rechte Dritter verletzen. Streitig ist die Prüfungspflicht und das Prüfungsrecht des Registerrichters für diejenigen Fälle, in denen es sich um dispositive Vorschriften der Gesetze oder um Beobachtung der Statuten handelt (Literatur und Judikatur siehe in der 5. Aufl. dieses Werkes, § 18 zu Art. 222). Für das geltende Recht muß dem Registerrichter stets ein solches Prüfungsrecht und eine solche Prüfungspflicht zuerkannt werden (Oberstes Landgericht München in GZ. 40, S. 477; Lehmann II., S. 217). Dies gilt nicht nur für den Fall, daß zur Zeit der begehrten Eintragung eine Anfechtung noch nicht erfolgt ist, da ja nach geltendem Rechte eine Frist für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nicht besteht, man daher nicht sagen kann, daß niemand den Beschluß anficht, sondern auch für den Fall vergeblicher Anfechtung.

c) Nach alledem hat der Registerrichter lediglich das Ergebnis seiner eigenen Prüfung zu Grunde zu legen: den Beschluß einzutragen, wenn er ihn für gültig hält, sonst die Eintragung abzulehnen. Wenn der Beschluß nachträglich vom Prozeßgerichte für ungültig erklärt ist, so ist er zu löschen. Zur Anmeldung der Löschung ist der Vorstand verpflichtet.

d) Trägt der Registerrichter einen ungültigen Beschluß ein, so stehen **§ 35.** gegen den betreffenden Beschluß des Registerrichters die Rechtsmittel zu, welche überhaupt gegen Verfügungen des Registerrichters zulässig sind (vergl. § 6 zu Art. 12; anscheinend dagegen AdlEl. 1090; vergl. den in GH. 1883, Nr. 68 ausführlich mitgeteilten Sachverhalt).

---

[14]) In den Statuten wird in der Regel dieses Recht der Verwaltungsbehörde ausdrücklich hervorgehoben. Soweit sich in dem Statute die Staatsverwaltung ein Aufsichtsrecht ausdrücklich vorbehalten hat, ist die Aktiengesellschaft demselben auch dann unterworfen, wenn es in dem statutenmäßig festgesetzten Umfange durch das Gesetz nicht begründet sein sollte (vergl. Renaud, S. 178).

Digitized by Google

Artikel 225.

Ist ein Aufsichtsrat bestellt, so überwacht derselbe die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung der Aktionäre Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Literatur: Stier-Somlo, Die Reform des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft; GZ. 53, S. 21; Passow, Die Bedeutung des Aufsichtsrates für die Aktiengesellschaft in Thünen-Archiv, Organ für exakte Wirtschaftsforschung, I, S. 581 ff.; derselbe, in seinem Buche, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der Aktiengesellschaften, S. 144 ff.; Cahn, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (1907); Küntzel, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (Leipzig). (Für das österreichische Recht sind die angeführten Schriften nur zum kleinsten Teil verwertbar.)

Einleitung. **Das Gesetz trifft über den Aufsichtsrat nur eine Bestimmung, indem es den Umfang seiner Tätigkeit festsetzt.** Die Materie soll hier in der Weise dargestellt werden, daß der Erläuterung des vorliegenden Artikels einige Bemerkungen über den Begriff des Aufsichtsrates, die Notwendigkeit der Bestellung eines solchen, die Zahl der Mitglieder, die Qualifikation derselben, die Art der Bestellung, die Amtsdauer des Aufsichtsrates und die Vergütung desselben vorangeschickt wird.

§ 1. I. 1. Der **Begriff des Aufsichtsrates** ist vom Gesetze nicht gegeben; jedoch ist eine Definition notwendig, da das Gesetz an die Bestellung eines Organes, auf welches die bezüglichen Begriffsmerkmale zutreffen, gewisse Folgen knüpft. Wir können den Aufsichtsrat definieren als dasjenige ständige Organ, dem als wesentliche Aufgabe die Überwachung der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft zugewiesen ist, das aber nicht mit der regelmäßigen Vertretung der Gesellschaft betraut sein darf. Diese Begriffsmerkmale lassen sich teils aus dem Wortlaute des Art. 225, teils aus anderen im Gesetze zerstreut liegenden Bestimmungen ableiten. Wo ein Organ bestellt ist, auf welches die erwähnten Begriffsmerkmale zutreffen, finden auch die Bestimmungen des Gesetzes über den Aufsichtsrat Anwendung und es kommt nicht darauf an, wie dieses Organ im Statute benannt ist (vergl. Renaud, S. 551; Behrend, § 127, Anm. 3).[1])

Im einzelnen ist zu den angeführten Begriffsmerkmalen noch folgendes zu erwähnen:

a) Der Aufsichtsrat muß als ständiges Organ bestellt werden. Dadurch unterscheidet er sich von den bloß für einzelne Fälle bestellten Revisoren (Lehmann II., S. 345).

[1]) Die nach § 52 der Statuten der österreichischen Bodenkreditanstalt bestellten Zensoren sind als Aufsichtsrat anzusehen.

Digitized by Google

b) Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates muß in der Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft bestehen. Daß dem Aufsichtsrate auch daneben andere Aufgaben, insbesondere eine Beteiligung an der Geschäftsführung selbst zugewiesen ist, schadet nichts (vergl. unten § 22). Die Überwachung muß sich auf die gesamte Geschäftsführung der Aktiengesellschaft beziehen. Dadurch unterscheidet sich der Aufsichtsrat von den Rechnungsrevisoren, die auch als ständige Organe bestellt werden können (vergl. unten § 25), die aber bloß einzelne bestimmte Akte der Geschäftsführung in einer bestimmten Richtung zu überwachen haben.

c) Dem Aufsichtsrate darf nicht die regelmäßige Vertretung der Gesellschaft zugewiesen sein. In gewissen Fällen ist allerdings dem Aufsichtsrate von Gesetzes wegen die Vertretung der Gesellschaft zugewiesen und für einzelne Geschäfte kann ihm Vertretungsvollmacht erteilt werden (vergl. hierüber unten § 13). Ist jedoch einem Organe die regelmäßige Vertretung der Gesellschaft zugewiesen, so ist es nicht mehr Aufsichtsrat, sondern Vorstand (vergl. Canstein I., S. 548; Behrend, § 127, Anm. 7; RG. bei Seuff Arch. 53, Nr. 29). Daher liegt ein Aufsichtsrat nicht vor, wenn ein Teil der Mitglieder des Vorstandes als Exekutivkomitee mit der unmittelbaren Leitung der Geschäfte betraut ist und den anderen Vorstandsmitgliedern im wesentlichen eine überwachende und kontrollierende Tätigkeit zugewiesen ist.

2. **Die Notwendigkeit der Bestellung eines Aufsichtsrates ist im Handelsgesetzbuche nicht ausgesprochen.** Es ist vielmehr dem reinen Belieben der Gesellschaft anheimgestellt, ob sie ein solches Organ bestellt. Freilich kann die Verwaltungsbehörde die staatliche Genehmigung der Gesellschaft von der Bestellung eines Aufsichtsrates abhängig machen. Auch das Aktienregulativ schreibt die Bestellung eines Aufsichtsrates nicht unbedingt vor, sondern verlangt nur, daß ein ständiges Organ zur Prüfung der Jahresrechnungen und Bilanzen aufgestellt wird, und stellt es dabei der Gesellschaft frei, ob sie ein solches Organ bestellt, dem bloß diese Aufgabe zugewiesen ist (Rechnungsrevisoren), oder ein Organ bestellt, dem die Aufgaben zugewiesen sind, welche Art. 225 dem Aufsichtsrate zuweist; nach dem Regulativ kann aber dessen Tätigkeit nur innerhalb gewisser Grenzen über das in Art. 225 bezeichnete Maß erweitert werden.[2]) § 2.

3. **Eine bestimmte Zahl** der Mitglieder des Aufsichtsrates hat das Handelsgesetzbuch nicht vorgeschrieben. Das Aktienregulativ verlangt, daß der Aufsichtsrat mindestens aus drei Mitgliedern besteht (§ 37, Abs. 2), eine Maximalzahl der Mitglieder schreibt das Aktienregulativ auch nicht vor. § 3.

4. **Über die Qualifikation** der Mitglieder des Aufsichtsrates enthält das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen. Daraus folgt, daß von Gesetzes § 4.

---

[2]) Der erste Satz des § 37 A. Reg. darf nicht für sich allein betrachtet werden, sonst wäre er im Hinblick auf Abs. 3 überflüssig. Es genügt nicht, daß irgendein mit der Prüfung der Jahresrechnungen und Bilanzen betrautes Organ bestellt ist; das Statut hat nur die Wahl zwischen einem Organe, dessen Tätigkeitskreis im Aktienregulativ bestimmt umgrenzt ist, und einem andren Organe, für dessen Tätigkeitskreis das Aktienregulativ eine Minimal- und eine Maximalgrenze festsetzt.

Die deutsche Aktiengesetzgebung hatte bereits in der Novelle vom Jahre 1870 die Bestellung eines Aufsichtsrates für obligatorisch erklärt (über das geltende d. HGB. vergl. Cahn S. 15 ff) und die Frage Nr. 50 des Fragebogens, ob auch das künftige österreichische Aktiengesetz eine solche Bestimmung enthalten soll, wird übereinstimmend bejaht.

Digitized by Google

wegen keine anderen Qualifikationserfordernisse als die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden gelten. Es müssen daher die Aufsichtsratsmitglieder willensfähig sein. Sonst aber brauchen sie besondere Eigenschaften nicht zu haben. Insbesondere brauchen sie nicht Inländer zu sein oder im Inlande zu wohnen. Oft, z. B. zur Beaufsichtigung einer ausländischen Zweigniederlassung, wird gerade der Wohnsitz im Auslande erwünscht sein. Auch die von Völderndorff (in Busch Archiv 47, S. 4) aufgestellten Beschränkungen für Personen, die einer und derselben offenen Handelsgesellschaft angehören, sind im Gesetze nicht begründet. Ebensowenig gibt es Beschränkungen wegen Verwandtschaft von Aufsichtsratsmitgliedern untereinander oder mit Personen des Vorstandes. Ebensowenig müssen die Mitglieder Aktionäre sein. Wohl aber kann nach allen diesen Richtungen das Statut Beschränkungen auferlegen (Ring, Anm. 3; Behrend, § 127, Anm. 22; Förtsch, Anm. 3).[8])

Über die Frage, ob zur Übernahme der Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes volle Handlungsfähigkeit erforderlich ist, vergl. § 3 zu Art. 227, und § 37, Abs. 12 A. Reg. Hinzuzufügen ist, daß auch zu Mitgliedern des Aufsichtsrates nur physische Personen bestellt werden können. Diese Ansicht, die bisher die herrschende war, wird von Simon (Leipziger Ztg. 1908, S. 1 ff.; dort auch Literaturangaben) mit Unrecht bekämpft. Die Übertragung des Amtes des Aufsichtsrates beruht auf persönlichem Vertrauen. Dieses Vertrauen kann nur einer bestimmten physischen Person zukommen, daher auch die Unzulässigkeit der Ausübung durch Stellvertreter (vergl. unter § 9). Bei Bestellung von juristischen Personen zu Aufsichtsräten läge die Ausübung der Funktionen in der Hand der zur Zeit der Bestellung unbekannten und stets wechselnden gesetzlichen oder statutarischen Vertreter. Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß Mitglieder des Aufsichtsrates nicht gleichzeitig Mitglieder des Vorstandes sein können, da nicht eine Person ein Amt bekleiden kann, dessen Verwaltung sie kontrollieren soll (Pollitzer, S. 280; Lehmann II., S. 361; vergl. auch § 248, Abs. 1 d. HGB., und § 30, Abs. 3 GmbHG., der jedoch, soweit er weitere Gründe der Inkompatibilität festsetzt, nicht anwendbar ist). Das Aktienregulativ wiederholt diesen Rechtssatz im § 37, Abs. 11 und fügt hinzu, daß Mitglieder des Aufsichtsrates auch nicht Beamte der Gesellschaft oder an der unmittelbaren Führung der Geschäfte beteiligt sein dürfen. Diese Bestimmung geht weiter als die entsprechende Bestimmung des § 248, Abs. 1 d. HGB., die nur verbietet, daß Aufsichtsratsmitglieder als Beamte der Gesellschaft Geschäfte führen. Nach dem Aktienregulativ kann also auch ein Mitglied eines etwa bestehenden Verwaltungsrates oder

[8]) Nichts mit der Fähigkeit zur Übernahme des Amtes haben disziplinäre Vorschriften zu tun, welche gewissen Personen verbieten, ein gesellschaftliches Amt zu übernehmen (Cahn, S. 70); so dürfen nach Art. 69, Abs. 2, Z. 2 HGB. (neue Fassung), Handelsmakler nicht Mitglieder des Vorstandes, Aufsichtsrates oder Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sein (vergl. § 3 zu Art. 69; Behrend, § 57, Anm. 12); ebenso dürfen nach der ah. Entschließung vom 5. November 1859 (bei Manz XI. Bd., 1. Abtg. bei Art. 225) aktive Staatsbeamte keine mit Entlohnung verbundene Stelle in dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft annehmen. Auf Mitglieder des Lehrbestandes hat dieses Verbot laut ah. Entsch. vom 3. Juni 1860 (ab da) keine Anwendung zu finden. Die Fähigkeit zur Übernahme des Amtes eines Aufsichtsrates wird auch nicht durch die Bestimmung des § 24, Abs. 1 GmbHG. berührt, nach der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. ohne Einwilligung der Gesellschaft bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweiges keine Stelle im Vorstande oder Aufsichtsrate bekleiden dürfen.

Digitized by Google

Direktionsrates nicht Mitglied des Aufsichtsrates sein; denn die Mitglieder der beiden erwähnten Behörden sind zwar keine Beamten der Gesellschaft, aber an der unmittelbaren Führung der Geschäfte der Gesellschaft beteiligt. Andrerseits kann als Beamter der Gesellschaft nur derjenige angesehen werden, der ständig Geschäfte derselben zu verwalten hat. Derjenige, der bloß als Berater zu einzelnen Angelegenheiten zugezogen wird, ist daher von der Wahl in den Aufsichtsrat nicht ausgeschlossen (Lehmann-Ring I., S. 493; Behrend, § 127, Anm. 17).

5. **Die Art der Bestellung** des Aufsichtsrates ist im Gesetze nicht geregelt. **§ 5.** Insbesondere schreibt das Gesetz nicht Wahl durch die Generalversammlung vor (Lehmann II., S. 361). Allerdings wird diese Bestellungsart die Regel bilden. Das Aktienregulativ schreibt im § 37, Abs. 4 vor, daß die Wahl des ersten Aufsichtsrates der konstituierenden Generalversammlung, die Wahl der späteren Mitglieder der Generalversammlung im Statute vorbehalten ist. Ist die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates der Generalversammlung vorbehalten, so erfolgt die Wahl nach der allgemeinen Regel mit einfacher Stimmenmehrheit (Lehmann II., S. 362), wenn das Statut hierüber nichts Besonderes vorschreibt. Das Aktienregulativ verlangt im § 37, Abs. 6 und 7, daß zum Schutze der Minderheit in das Statut über die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates folgende Bestimmung aufgenommen wird:

„Von einem Drittel der in der Generalversammlung vertretenen Stimmen kann verlangt werden, daß die Wahl für jede zu besetzende Stelle des Aufsichtsrates abgesondert erfolge. Ergibt sich, bevor zur Wahl für die letzte Stelle geschritten wird, daß wenigstens der dritte Teil aller abgegebenen Stimmen bei allen vorangegangenen Wahlen zu Gunsten derselben Person, aber ohne Erfolg abgegeben worden ist, so muß die Person ohne weitere Abstimmung als für die letzte Stelle gewählt erklärt werden. Diese Vorschrift findet auf Wahlen von Mitgliedern des Aufsichtsrates solange keine Anwendung, als sich im Aufsichtsrate ein Mitglied befindet, welches auf die vorbezeichnete Art durch die Minderheit gewählt wurde."

Durch die Annahme der Wahl[4]) tritt der Gewählte in ein Vertragsverhältnis zur Gesellschaft (RG. in Strafsachen 7, S. 280), nicht auch zu den Aktionären (ROHG. 19, S. 181; 22, S. 239; RG. 28, S. 72; OLG. Stuttgart in GZ. 37, S. 655). Das Verhältnis des Aufsichtsrates zur Gesellschaft untersteht nicht den Regeln des Bevollmächtigungsvertrages (so allerdings Randa II., S. 140), sondern denen des Lohnvertrages; denn den Hauptinhalt dieses Verhältnisses bildet nicht die „Geschäftsbesorgung", sondern die Überwachung der Geschäftsführung, also eine Dienstleistung tatsächlicher Natur (vergl. Schey, Der Bevollmächtigungsvertrag, S. 494). Soweit sich die Tätigkeit des Aufsichtsrates auf Vertretung bezieht (vergl. oben § 1), sind die Bestimmungen des Bevollmächtigungsvertrages anzuwenden (§ 1159 ABGB.; vergl. Schey a. a. O.). Der Umstand, daß der Aufsichtsrat seine Tätigkeit unter Umständen unentgeltlich zu besorgen hat (vergl. unten § 7), spricht nicht gegen die Natur des Dienstvertrages (siehe auch § 1 zu Art. 57; vergl. allerdings Schey a. a. O., S. 453).[5])

---

[4]) Die Annahme der Wahl bildet unter Umständen auf Seite der Mitglieder des Aufsichtsrates ein Handelsgeschäft (RG. 19, S. 123).

[5]) Die einschlägige deutsche Literatur (vergl. insbesondere Zittelmann, GZ. 52, S. 43) muß angesichts der Bestimmungen des d. HGB., die die Grenze zwischen Mandat und Lohnvertrag nach anderen Gesichtspunkten als das ABGB. ziehen, hier außer Betracht bleiben (Mitteilungen bei Cahn S. 4811).

Digitized by Google

Insbesondere wird man dem Gewählten nach Annahme der Wahl das Recht auf Zulassung als notwendiges Korrelat seiner Verantwortlichkeit gewähren müssen (Ring, Anm. 8; vergl. ROHG. 7, S. 107, wo aber dieses Recht auf Zulassung in nicht zutreffender Weise als Gesellschaftsrecht charakterisiert ist). Dagegen besteht kein Recht auf Zulassung mehr, wenn ein Widerruf erfolgt ist; denn sofern derselbe überhaupt als wirksam anerkannt wird (vergl. unten § 6), so hört für die Zeit nach demselben jede Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder auf. Eine Pflicht zur Annahme der Wahl besteht nicht, selbst nicht für den Aktionär. Unserer Ansicht nach kann sie auch statutarisch nicht auferlegt werden (vergl. § 2 zu Art. 219).

§ 6. 6. **Die Amtsdauer** der Mitglieder des Aufsichtsrates richtet sich in erster Linie nach den Bestimmungen des Statuts, welches bestimmt, auf wie lange die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates erfolgt. Das Gesetz läßt in dieser Hinsicht dem Statute vollkommen freien Spielraum. Ist im Statute keine Zeitdauer bestimmt, so wird man die Wahl als für die Dauer eines Geschäftsjahres erfolgt ansehen müssen (Lehmann II., S. 363). Das Aktienregulativ setzt in diesem Punkte der statutarischen Freiheit einige Schranken und bestimmt hinsichtlich des ersten Aufsichtsrates, daß dessen Funktionsdauer im Statute für die Zeit bis zur Beendigung der Generalversammlung festzusetzen ist, in welcher über die Jahresbilanz für das erste Geschäftsjahr der Gesellschaft beschlossen wird (§ 37, Abs. 8). Das Aktienregulativ will eine kurze Funktionsdauer des ersten Aufsichtsrates, weil die Vermutung besteht, daß er unter dem Einflusse der Gründer stehe. Nach dem Wortlaute des Aktienregulativs ergibt sich aber auch, daß die Funktionsdauer des ersten Aufsichtsrates im Statute auch nicht kürzer bemessen werden darf. Es soll eben vermieden werden, daß der zweite Aufsichtsrat nach einer so kurzen Zeit in Funktion tritt, daß man auch von ihm annehmen könnte, er stehe unter dem Einflusse der Gründer. Die Funktionsdauer der Mitglieder des folgenden Aufsichtsrates ist nach § 37, Abs. 8 und 9 mit höchstens fünf Jahren festzusetzen, jedoch derart, daß die Funktionsdauer nicht mit dem kalendermäßigen Ablaufe der fünf Jahre, sondern erst mit der Beendigung der Generalversammlung erlischt, die über die letzte, vom Aufsichtsrate zu prüfende Jahresbilanz beschließt (ähnlich § 243, Abs. 3 d. HGB.). Maßgebend ist also die letzte Bilanz, die der Aufsichtsrat innerhalb des fünften Kalenderjahres (nicht Geschäftsjahres), vom Zeitpunkte seiner Wahl an gerechnet, zu prüfen hat. Die Notwendigkeit einer Überprüfung muß sich nach ordnungsmäßiger Geschäftsführung als innerhalb dieses Zeitraumes notwendig erweisen. Die Überprüfung einer Jahresbilanz, die der Aufsichtsrat erst nach Ablauf von fünf Kalenderjahren nach seiner Bestellung vornimmt und nach ordnungsmäßiger Geschäftsführung auch früher hätte vornehmen können, kann seine Funktionsdauer nicht mehr verlängern; denn eine solche Jahresbilanz ist keine vom Aufsichtsrate zu überprüfende. Gleichgültig ist, für welches Geschäftsjahr die Bilanz aufgestellt ist. Die fünfjährige Frist ist eine Maximalfrist; das Statut kann auch eine kürzere Frist setzen. Dagegen ist die Bestimmung des Aktienregulativs, daß die Funktionsdauer des Aufsichtsrates mit der Generalversammlung, welche über die letzte vom Aufsichtsrate zu überprüfende Bilanz zu beschließen hat, endigt, eine unbedingte, und das Statut kann das Ende der Funktionsdauer des Aufsichtsrates nicht rein kalendermäßig fixieren. Die Wirksamkeit des Auf-

Digitized by Google

sichtsrates erlischt, abgesehen vom Ablaufe seiner statutenmäßigen Funktionsdauer, auch durch Widerruf jedenfalls dann, wenn ein solcher **Widerruf** statutarisch vorbehalten ist. § 37, Abs. 9 A. Reg. verlangt die ausdrückliche Aufnahme eines solchen Vorbehaltes in das Statut. Die Frage, ob ohne solchen ausdrücklichen Vorbehalt die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder widerruflich ist, ist bestritten (für die Bejahung Renaud, S. 553; vergl. die Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 215 und die dort angeführte Literatur und Judikatur).[6]) Die Frage muß nach österreichischem Rechte dahin beantwortet werden, daß die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrates soweit widerruflich ist, wie jeder andere Dienstvertrag, das heißt die Mitglieder des Aufsichtsrates haben kein Recht zu verlangen, daß sie zur Ausübung irgend einer Tätigkeit zugelassen werden (vergl. § 4 zu Art. 62). Daß die dem Aufsichtsrate zustehenden gesetzlichen oder durch Statut eingeräumten Vertretungsbefugnisse durch Widerruf sofort erlöschen, folgt aus allgemeinen Grundsätzen über die Erlöschung der Vollmacht. Über den Einfluß des Widerrufes auf das Recht des Aufsichtsrates auf Vergütung vergl. unten § 12. Das Recht zum Widerrufe steht selbstverständlich demjenigen Organe zu, welches nach dem Statute mit der Bestellung des Aufsichtsrates betraut ist. Wo also die Generalversammlung zur Bestellung des Aufsichtsrates allein zuständig ist, kann auch nur von dieser der Widerruf ausgehen (§ 37, Abs. 9 A. Reg.). Ob das Aufsichtsratsmitglied sein Amt auch niederlegen kann, ist im Gesetze nicht entschieden. Unseres Erachtens muß hier das gleiche gelten, wie beim Vorstande; denn es liegt auch hier ein Dienstverhältnis vor (vergl. oben § 1). Daher finden die Grundsätze Anwendung, die bei § 13 zu Art. 227 entwickelt sind. Es kann demnach die Zurücklegung des Amtes während der Amtsperiode nur aus gerechten Gründen erfolgen. Liegen solche Gründe nicht vor, so hebt der Rücktritt die Mitgliedschaft nicht auf, die Gesellschaft kann auf Feststellung und Erfüllung klagen.

7. **Über die Vergütung** des Aufsichtsrates enthält das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen. **§ 7.**

a) **Barauslagen.** Darüber herrscht Einigkeit, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates jedenfalls Anspruch haben auf Erstattung ihrer baren Auslagen, wozu aber Entschädigung für Zeitversäumnis nicht gehört (vergl. Lehmann II., S. 362; Renaud, S. 553; vergl. auch § 1014 ABGB.). Auch müssen die Barauslagen sich in den Grenzen der Angemessenheit halten. **§ 8.**

b) **Eine besondere Entschädigung** aber kann das Mitglied des Aufsichtsrates nur dann verlangen, wenn dies im Statute bestimmt oder sonst vereinbart worden ist. Dem steht zwar unter Umständen, nämlich wenn es sich um einen Kaufmann handelt, die Erwägung entgegen, daß die Annahme des Aufsichtsratsamtes im Zweifel zum Handelsgewerbe desselben zu rechnen ist (RG. 19, S. 123), so daß er in Konsequenz hievon nach Art. 290 für seine Dienste Belohnung fordern kann, auch ohne besonderes Versprechen. Legt man unsere Ansicht zu Grunde, daß ein Vertrag über Dienstleistungen vorliegt, so scheint obigem Rechtssatze auch die Bestimmung des § 1152 ABGB., nach welcher im Zweifel entgeltliche Dienstleistung anzunehmen ist, entgegenzustehen. **§ 9.**

[6]) Die Aktiennovelle vom Jahre 1884 hat die Frage in bejahendem Sinne gelöst. Ebenso § 243, Abs. 4, d. HGB.

Digitized by Google

Es steht dem obigen Rechtssatze das weitere Bedenken entgegen, daß das Statut nur die lex contractus zwischen den Aktionären ist. Dennoch ist der Rechtssatz richtig, weil in der Annahme der Wahl nicht nur die Übernahme der gesetzlichen, sondern auch der im Statute festgesetzten Verpflichtungen liegt, weil darin der deutliche Wille beider Teile zu finden ist, daß für das so geschaffene Rechtsverhältnis alles das maßgebend sein soll, was das Statut bestimmt. Wenn nun auch Lehmann-Ring (I., S. 488), die anderer Meinung sind, uns entgegenhalten, daß nirgends bestimmt ist, das Statut müsse über die Vergütung an den Aufsichtsrat bestimmen, so bestimmen doch die Gesellschaftsstatuten erfahrungsgemäß darüber, setzen erfahrungsgemäß, wenn überhaupt eine Vergütung gewährt werden soll, die Art und Höhe derselben fest. Ein Statut, welches für den Aufsichtsrat keine Vergütung bestimmt, ist infolgedessen dahin auszulegen, daß der Aufsichtsrat keine Belohnung erhalten soll (vergl. Art. 279). Die entgegengesetzte Annahme, daß damit ausgeführt werden soll, Vergütungen sollten zwar gefordert werden können, nur sei nicht beliebt worden, dieselben bestimmt zu fixieren, ist nicht haltbar, weil es der Meinung keines der beiden hier in Rede stehenden Teile entspricht, daß für diese Tätigkeit, deren Wert sich schwer taxieren läßt, statt fester Normen Schätzungen Platz greifen sollen, die mehr oder weniger auf Willkür hinauslaufen. Soweit das Aktienregulativ Anwendung findet, kann die eben erörterte Streitfrage nicht praktisch werden. Denn nach § 38 A. Reg. muß das Statut bestimmen, ob die Mitglieder des Aufsichtsrates eine Vergütung erhalten oder ob sie ihr Amt unentgeltlich auszuüben haben.

Hienach erscheint der Satz wohl begründet, daß mangels einer besonderen Vereinbarung nur dann und nur diejenige Vergütung gewährt werden soll, welche im Statute bestimmt ist. Insbesondere können daher der Rechtsanwalt und der Kaufmann nicht für ihre einzelnen Tätigkeiten (Konferenzen, Besichtigungen, Briefe usw.) von Fall zu Fall angemessen liquidieren, es sei denn, daß aus der Natur des Geschäftes (Umfang desselben oder sonst), so z. B. wenn dem Anwalt ein Prozeß, dem Baumeister ein Bau übertragen wird, hervorgeht, daß die Tätigkeit aus der Sphäre der Aufsichtsratstätigkeit heraustritt. Will die Generalversammlung gegen die Bestimmung des Statuts oder darüber hinaus dem Aufsichtsrate Vergütungen für seine Tätigkeit gewähren, so handelt sie damit gegen die Statuten und ihr Beschluß unterliegt der Anfechtung. Dagegen hindert das Schweigen des Statuts die Generalversammlung nicht, dem Aufsichtsrate eine Vergütung zu versprechen (ROHG. 22, S. 281; Lehmann-Ring I., S. 488; Behrend, § 127, bei Anm. 30; Lehmann II., S. 367).

§ 10. c) **Die Art der Vergütung** ist in den Statuten verschieden normiert. Nach § 38, Abs. 1 muß das Statut über diesen Punkt Bestimmungen enthalten. Meist wird dem Aufsichtsrate außer den baren Auslagen ein Anteil am Reingewinne zugesichert (Tantième). Ist die Höhe der Entlohnung im Statute nicht ziffermäßig bestimmt, so kann nach § 38, Abs. 2 A. Reg. die ziffermäßige Festsetzung der Höhe der Entlohnung, mag es sich jetzt um einen Anteil am Reingewinne oder eine andere Art der Entlohnung handeln (z. B. Präsenzgelder), nur der Generalversammlung und keinem anderen Gesellschaftsorgane vorbehalten werden.

Digitized by Google

Die Zuteilung der Tantième setzt voraus, daß die nach den Vorschriften des Gesetzes und des Statuts aufgestellte Bilanz einen Reingewinn ergibt. Dabei müssen diejenigen Reservekonten, welche nur uneigentlich als solche zu betrachten sind, und eigentlich Korrektivposten gegen zu hoch bewertete Aktivposten sind, zunächst in Abzug kommen, also insbesondere die Dotierung des Erneuerungsfonds, des Delkrederefonds, soweit diese Dotierung wegen Abnützung, Entwertung oder wirklicher Verlustgefahr erfolgt (vergl. RG. 24, S. 158; Neukamp in GZ. 38, S. 17; Reisch und Kreibig II., S. 68). Dagegen darf die Summe, von welcher die Tantièmequote berechnet wird, nicht gekürzt werden um die Summen der statutarischen Reservekonten (Behrend, § 124, Art. 17; Ring, S. 501 und 528; Neukamp in GZ. 38, S. 17). Das Statut kann anders disponieren.[7]) Nach § 52, Abs. 2 A. Reg. muß das Statut die Bestimmung enthalten, daß die obligatorische Dotierung des Reservefonds (§ 53, Abs. 1) allen anderen Zuweisungen bei der Verteilung des Reingewinnes voranzugehen hat. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Tantième nur von jenem Teile des Reingewinnes zu berechnen ist, der nach der obligatorischen Dotierung des Reservefonds übrig bleibt; es ist mit dieser Bestimmung bloß gesagt, daß bei Unzulänglichkeit des Reingewinnes die Dotierung des obligatorischen Reservefonds allen übrigen Ansprüchen auf den Reingewinn vorzugehen hat. Besteht die Vergütung des Aufsichtsrates in einer Quote des Reingewinnes ohne ziffermäßige Minimalgrenze, so kann eine solche Kollision überhaupt nicht vorkommen.

Es kann aber ferner auch eine feste Vergütung, ein Gehalt zugesichert werden, neben oder anstatt sonstiger Vergütung. **§ 11.**

d) **Die Klage des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes auf Zahlung der Tantième.** Im allgemeinen wird die Tantième für den Aufsichtsrat als geschlossenes Gesellschaftsorgan bestimmt (vergl. Statuten der Unionbank und des Wiener Bankverein). Die Verteilung derselben unter die einzelnen Mitglieder liegt diesen ob, daher hat das Reichsoberhandelsgericht erkannt, daß erst, wenn diese Verteilung stattgefunden, gegen die Gesellschaft geklagt werden kann (ROHG. 24, S. 357). Indessen kann auch schon im Statute deutlich ausgedrückt sein, wie viel jedes einzelne Mitglied erhält. Enthält aber das Statut keine Bestimmung über die Verteilung, so ist zu erwägen, daß die Verteilung im Schoße des Aufsichtsrates nicht durch Majoritätsbeschluß, sondern durch allseitige Vereinbarung erfolgt. Jedes einzelne Mitglied hindert daher durch sein Veto das Zustandekommen einer Vereinbarung und bewirkt, daß Verteilung pro rata erfolgen muß.[8]) Daraus folgt, daß im Gegensatze zur Ansicht des Reichsoberhandelsgerichtes, jedes Mitglied seinen

[7]) Strenger ist das d. HGB.: Gebührt dem Vorstande oder Aufsichtsrate ein Anteil am Jahresgewinne, so ist dieser Anteil vom Reingewinne zu berechnen, der nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen übrig bleibt (§§ 237, 245). Die Aufnahme einer gleichen Bestimmung in das künftige österreichische Aktienrecht wird über bezügliche Frage (Nr. 59) des Fragebogens befürwortet vom Gutachten des niederösterreichischen Gewerbevereines und der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer, während das Gutachten der Wiener Börsekammer dahin geht, daß eine solche Bestimmung nur den Charakter einer Dispositivbestimmung haben soll.

[8]) Auf das Maß der Leistung kommt es nicht an, da alle die gleiche Verantwortlichkeit trifft. Auch der Vorsitzende erhält nicht mehr. Auch die Teilnahme an den Sitzungen entscheidet nicht.

Digitized by Google

ratierlichen Anteil direkt gegen die Gesellschaft einklagen kann, auch wenn die Belohnung für den Aufsichtsrat als geschlossenes Gesellschaftsorgan bestimmt ist. Anders natürlich, wenn die Gesellschaft bereits an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates gezahlt hat. Alsdann muß dieser verklagt werden.

§ 12. e) **Hinsichtlich der Frage nach Entschädigung** der Mitglieder des Aufsichtsrates, wenn ihre Bestellung innerhalb ihrer Amtsperiode widerrufen wird, ist in erster Linie das Statut maßgebend, wenn es über diesen Punkt eine Bestimmung enthält. Wenn das Statut über diesen Punkt schweigt, so kommen folgende Grundsätze zur Anwendung: Ist die freie Widerruflichkeit statutarisch vorbehalten, so steht dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede ein Anspruch auf Entschädigung nicht zu. Es kommt nicht darauf an, ob der Widerruf begründet ist oder nicht. Der Widerruf erfolgt durch einen hinsichtlich seiner Motive unkontrollierbaren Beschluß. Mit der Möglichkeit eines solchen Beschlusses, einer willkürlichen Abberufung muß jedes Mitglied des Aufsichtsrates bei Annahme seiner Wahl rechnen. Es ist als Wille beider Teile anzunehmen, daß die Wahl für die statutarische Wahlperiode gelten soll, falls nicht eine Generalversammlung einen vorherigen Widerruf ausspricht, und daß die Aufsichtsratsmitglieder nur so lange entschädigt werden sollen, als sie nach dem Willen der organisierten Gesamtheit Aufsichtsratsmitglieder sind. Die statutarische Vergütung kommt den jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedern, im Falle des Widerrufes also fortan den Ersatzmännern zu Gute. Ob die Generalversammlung Grund hatte zum Widerrufe oder nicht, kann gar nicht untersucht werden. Jeder Stimmende mag einen anderen Grund haben, den er niemandem zu verraten braucht. Nach dem vorstehenden sind diese Gründe gleichgültig. Der Majoritätswille ist Grund genug. Ist die freie Widerruflichkeit im Statute nicht vorbehalten, so kommen die allgemeinen Grundsätze über die vorzeitige Auflösung eines auf bestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrages zur Anwendung (vergl. oben § 5), nämlich die Bestimmungen der §§ 1155, 1160 ABGB. Liegt also ein gerechter Grund zum Widerrufe vor, so entfällt der Entschädigungsanspruch. Erfolgt der Widerruf ohne solchen Grund, so kann das Aufsichtsratsmitglied zwar nicht auf Ausübung seiner Funktionen bestehen, jedoch steht ihm ein Entschädigungsanspruch zu (vergl. § 7 zu Art. 62).[9])

§ 13. II. **Erläuterung des vorliegenden Artikels.** Dieser Artikel beschäftigt sich mit den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates.

Für den allgemeinen Charakter des Aufsichtsrates ergibt sich aus den Vorschriften dieses Artikels sowie aus den sonstigen zerstreut vorkommenden Vorschriften des Gesetzes folgendes: Die Gesellschaft hat geschäftsführende und vertretungsberechtigte Organe. Diese Organe sind Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand. Doch ist die Abgrenzung der Befugnisse und Obliegenheiten dieser drei Organe nicht derart, daß es gerechtfertigt wäre, in kurzer Antithese zu sagen, wie das Reichsgericht (Bd. 3, S. 129) dies tut: die Gesellschaft habe ein Willensorgan, die Generalversammlung, ein ausführendes Organ, den Vorstand, und ein kontrollierendes Organ, den Aufsichtsrat. Denn der Vorstand

[9]) Ob ein rechtmäßiger Grund im Sinne des § 1160 ABGB. vorliegt, ist nach freiem richterlichen Ermessen zu beurteilen (vergl. § 7 zu Art. 62 a. E.). Art. 64 ist hier nicht anwendbar (vergl. Zittelmann a. a. O. S. 35).

Digitized by Google

ist sicherlich auch ein Willensorgan, und der Aufsichtsrat ist nicht bloß kontrollierendes Organ.

Vielmehr entspricht folgendes der Lage der Gesetze:

Die geschäftsführenden Organe der Gesellschaft sind Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand; Vertretungsorgan ist hauptsächlich der Vorstand, ausnahmsweise auch der Aufsichtsrat und ganz ausnahmsweise (vergl. § 2 zu Art. 224) auch die Generalversammlung.

Der Aufsichtsrat ist hienach geschäftsführendes und ausnahmsweise auch Vertretungsorgan. Seine Geschäftstätigkeit besteht zunächst in derjenigen kontrollierenden Tätigkeit, die ihm im vorliegenden Artikel zugewiesen ist. Daneben hat ihm schon das Gesetz anderweite Tätigkeiten, reine Verwaltungsakte, zugewiesen, nämlich im vorliegenden Artikel das Recht und die Pflicht, die Generalversammlung einzuberufen, und nach dem Gesetze ist es zulässig, dem Aufsichtsrate die verschiedensten Verwaltungshandlungen zu übertragen.

Ausnahmsweise aber ist der Aufsichtsrat auch Vertretungsorgan nach außen, nämlich nach positiver gesetzlicher Vorschrift bei Klagen der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder (Art. 226, 194, 195). Außerdem ergibt sich als unabweisliche Konsequenz der gesetzlichen Bestimmungen, daß er gesetzlicher Vertreter bei den Anstellungsverträgen mit dem Vorstande ist (Behrend, § 127, Anm. 17), und ebenso bei den Verträgen über Aufhebung der Anstellungsverträge. Durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß kann dem Aufsichtsrate auch für andere Fälle Vertretungsmacht eingeräumt werden (Renaud, S. 555). Nur zum ständigen regelmäßigen Vertreter der Gesellschaft kann er nicht gemacht werden; sonst wäre er nicht mehr Aufsichtsrat, sondern Vorstand (vergl. oben § 1). Tritt der Aufsichtsrat nach außen handelnd auf, in der Absicht, namens der Gesellschaft zu handeln, so verpflichtet er, soweit ihm die Vertretungsmacht mangelt, sich selbst als falsus procurator.

Der vorliegende Artikel beschäftigt sich nicht mit den Ausnahmefällen, in welchen der Aufsichtsrat Vertretungsorgan der Gesellschaft ist, sondern befaßt sich nur mit dem Aufsichtsrate als Kontroll- und Geschäftsführungsorgan.

1. **Gesetzlicher Umfang der Tätigkeit des Aufsichtsrates.** **§ 14.**

a) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen. Das Gesetz hat sich mit Recht damit begnügt, nur die allgemeine Überwachungspflicht aufzustellen. Was der Aufsichtsrat im einzelnen zu tun hat, um diese seine Pflicht zu erfüllen, ist Sache seines Ermessens. Jedes Unternehmen, jede Gesellschaft, jede Zusammensetzung des Vorstandes wird in dieser Beziehung verschiedene Pflichten auferlegen. Das Recht, dem Vorstande Weisungen zu erteilen, ist hienach vom Gesetze nicht gegeben, kann aber durch Statut vorgesehen sein (vergl. unten § 22). Die Aufsicht erstreckt sich auf alle Personen, die an der Geschäftsführung beteiligt sind, nicht bloß auf die Vorstandsmitglieder.

b) Er kann sich vom Gange der Angelegenheiten unterrichten; **§ 15.** jedoch nur soweit, als es der Überwachungszweck erfordert; diese Einschränkung folgt aus der Natur der Sache. Ein willkürliches oder schikanöses Prüfungsrecht ist dem Aufsichtsrate untersagt (Lehmann II., S. 355).[10])

[10]) Um dies deutlich hervorzuheben, wurden in § 240 d. HGB. an entsprechender Stelle die Worte „zu dem Zwecke" eingeschaltet. Bereits die Aktiennovelle vom Jahre 1884 weist eine ähnliche Redaktionsänderung auf.

Digitized by Google

§ 16. c) Er kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen. Auch dieses Recht kann er nicht nach Willkür ausüben, sondern nur soweit es eine ordnungsmäßige Kontrolle erfordert. Auch die Worte „jederzeit" sind cum grano salis zu verstehen. Es liegt auf der Hand, daß auch hier nur vernünftige Anforderungen gestellt werden. Der Aufsichtsrat kann nicht Einsicht in die Bücher außerhalb der Geschäftsstunden verlangen, oder wenn die mit der Führung oder Aufbewahrung der Bücher betrauten Personen gerade unaufschiebbare Geschäfte zu verrichten haben.

§ 17. d) Er hat die Jahresrechnungen, Bilanzen und Gewinnverteilungsvorschläge zu prüfen und darüber der Generalversammlung zu berichten. Wenn das Gesetz hier den Ausdruck „alljährlich" gebraucht, so ist dies damit zu erklären, daß das Gesetz an den Regelfall denkt. Zweifellos obliegt dem Aufsichtsrate die nämliche Verpflichtung in Ansehung der Semestralbilanzen. Die Prüfung der Jahresrechnung kann nur darin bestehen, daß der Aufsichtsrat sich von der Übereinstimmung der Bilanz mit den Büchern, insbesondere mit der Inventur überzeugt und die Grundsätze, nach denen die Bilanz aufgestellt ist, seiner Beurteilung unterzieht. Darüber hinaus sämtliche Inventarbestände nachzuprüfen, liegt tatsächlich außerhalb der Möglichkeit und rechtlich außerhalb der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (Simon, Bilanzen, S. 158, Note 24).

§ 18. e) **Er hat die Pflicht, eine Generalversammlung einzuberufen, so oft dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.** Dieses Recht und diese Pflicht ist gegeben zur wirksameren Ausübung des Kontrollrechtes, involviert aber einen Akt selbständiger Geschäftsführung (nicht der Vertretung, weil sich ja dieser Akt nur an die Gesellschafter wendet). Es ist dies eine derjenigen Tätigkeiten, durch welche schon kraft des Gesetzes der Aufsichtsrat aus dem Rahmen einer bloßen Aufsichtsinstanz heraustritt (vergl. oben § 13).

§ 19. 2. **Die vorstehend angeführten Kontrollbefugnisse stehen dem Aufsichtsrate als solchem zu**, nicht dem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrates. Will nun ein Mitglied des Aufsichtsrates allein handeln, so bedarf es der Autorisation seitens der übrigen. Dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede, das ohne eine solche Autorisation eine Kontrollhandlung vornehmen will, insbesondere Einsicht in die Bücher begehrt, könnte mangelnde Legitimation entgegengehalten werden (Lehmann II., S. 357). Andrerseits stehen die Kontrollbefugnisse nur dem Aufsichtsrate zu. Er kann seine Befugnisse und Pflichten nicht auf andere Personen übertragen. Dies folgt auch ohne spezielles Verbot (§ 246 d. HGB. enthält ein solches) aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem bei der Bestellung des Aufsichtsrates hervortretenden Parteiwillen; denn die Befugnisse, die den Mitgliedern des Aufsichtsrates eingeräumt, und die Pflichten, die ihnen auferlegt werden, sind als höchst persönliche gedacht, so daß jede Substitution ausgeschlossen erscheint.

Nicht untersagt ist allerdings, innerhalb des Aufsichtsrates zu einzelnen Tätigkeiten Mitglieder aus ihrer Mitte zu delegieren, insbesondere zu einem Kreise von Tätigkeiten Kommissionen zu bilden. Es steht sogar nichts entgegen, daß der Aufsichtsrat sich generell in der Weise organisiert, daß ein Teil seiner Mitglieder die kontrollierende, der andere die geschäfts-

Digitized by Google

führende Tätigkeit ausübt. Auf diese Weise kann sich innerhalb des Aufsichtsrates ein Verwaltungszweig abzweigen. Immer ist dabei festzuhalten, daß der Gesellschaft gegenüber der Aufsichtsrat ein einheitliches Organ bildet, dessen sämtliche Mitglieder mit der nötigen Sorgfalt die Pflicht der Überwachung zu erfüllen haben, und ebenso alle diejenigen Geschäftsführungspflichten, die ihnen das Statut auferlegt. Ob sie diesen Pflichten im einzelnen Falle genügen, wenn sie eine Tätigkeit nicht selbst, sondern durch ein delegiertes Mitglied oder eine ständige Kommission ausüben, ist Tatfrage.

Nicht untersagt sollte ferner sein, daß der Aufsichtsrat für die Ausübung seiner Funktion sich sachverständiger Hilfe bedient (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 227; Ring, Anm. 4; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 476). Dabei ist zwischen Zuziehung und Vertretung wohl zu unterscheiden. Zu den Revisionen der Bücher einen gerichtlichen Bücherrevisor zuzuziehen, ist erlaubt, nicht erlaubt aber ist es, daß der Aufsichtsrat generell eine fremde Person anstellt, welche periodisch und selbständig die Revision der Bücher vornehmen und ihm Bericht erstatten soll. Der Aufsichtsrat erfüllt auf diese Weise seine Pflicht nicht, und solcher Person braucht der Vorstand die Bücher nicht vorzulegen. Erlaubt ist es, zu den Sitzungen einen juristischen Beirat zuzuziehen, nicht erlaubt, sich bei der Abstimmung durch einen Bevollmächtigten, und sei es auch ein anderes Mitglied des Aufsichtsrates, vertreten zu lassen (vergl. § 32, letzter Abs. GmbHG.).

Über die Art und Weise, wie der Aufsichtsrat seine Funktionen zu erfüllen hat, sagt das Gesetz nichts. Desto ausführlicher pflegen in diesem Punkte die Statuten zu sein. Das Gesetz bestimmt nicht einmal, daß der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden haben müsse; wie abzustimmen ist; daß Protokolle über die Aufsichtsratssitzungen zu fertigen sind usw. Nach allen diesen Richtungen, insbesondere über die Befugnisse des Vorsitzenden herrscht völlige Vertragsfreiheit. Auf alle Fälle wird man annehmen können, daß der Vorsitzende des Aufsichtsrates zwar nicht legitimiert ist, im Namen des Aufsichtsrates bindende Erklärungen abzugeben, wohl aber die gefaßten Beschlüsse den Beteiligten mitzuteilen und umgekehrt Mitteilungen für das Aufsichtsratskollegium entgegenzunehmen (Mitteilungen des Vorstandes, z. B. Urlaubsgesuche der Aufsichtsratsmitglieder, Mandatsniederlegungen — RG. 13, S. 50); auch Zustellungen Dritter (vergl. Alexander in GZ. 40, S. 106). Ist über die Frage, wie viel Mitglieder zur Beschlußfähigkeit gehören, und über die Abstimmung nichts bestimmt, so gilt als Grundsatz, daß alle Mitglieder des Aufsichtsrates mitstimmen müssen und absolute Mehrheit entscheidet (Ring, S. 492). § 20.

3. **Die Bestimmung des Art. 225, die den Umfang der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates regelt, ist dispositiver Natur.** § 21.

a) Das Statut kann nach dem Gesetze den Umfang der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates beliebig beschränken. Es kann eines oder das andere der im Gesetze aufgezählten Kontrollbefugnisse ihm entziehen. Dies folgt daraus, daß das Gesetz überhaupt die Bestellung eines Aufsichtsrates nicht verlangt (vergl. Hahn, 3. Aufl. zu Art. 225 a). Das Aktienregulativ setzt hier eine Schranke und bestimmt im § 37, Abs. 2, daß dem Aufsichtsrate jedenfalls der in Art. 225 vorgesehene Wirkungskreis einzuräumen ist. Es soll offenbar verhindert werden, daß durch Aufstellung eines mit dem Namen „Aufsichtsrat"

Digitized by Google

bezeichneten Organes dem Publikum eine in Wirklichkeit nicht ausgeübte Kontrolltätigkeit vorgetäuscht wird.

§ 22. b) Das Statut kann die Wirksamkeit des Aufsichtsrates über den gesetzlichen Umfang hinaus erweitern. Der Gesellschaftsvertrag kann neben seinen Aufsichtspflichten und den wenigen Geschäftsführungspflichten, die dem Aufsichtsrate kraft des Gesetzes obliegen, Geschäftsführungsakte der mannigfachsten Art unter die Kompetenz des Aufsichtsrates stellen, und tatsächlich machen die Statuten der Gesellschaften hievon den umfassendsten Gebrauch. Ja es kann sogar bestimmt werden, daß der Aufsichtsrat über alles, was geschehen soll, Beschluß zu fassen hat und der Vorstand nichts tun darf, als was der Aufsichtsrat anordnet, oder auch in anderer Form alles das tun muß, was der Aufsichtsrat bestimmt. Es kann ihm somit die ganze Geschäftsführung übertragen sein, selbstverständlich salvis juribus der Generalversammlung und vorbehaltlich gewisser dem Vorstande vom Gesetze unentziehbar übertragener Geschäftsführungsakte (vergl. hierüber § 1 zu Art. 227). Mit anderen Worten, das Statut kann den Aufsichtsrat zum Verwaltungsrate (vergl. unten § 24) gestalten (Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 220; Lehmann II., S. 339). Der Vorstand kann auf diese Weise, was seine innere Stellung betrifft, im großen und ganzen, wenn auch nicht ganz und gar, zum bloßen Exekutivbeamten des Aufsichtsrates herabgedrückt werden. In Konfliktsfällen, besonders wenn das Verlangen ungesetzlich ist, bleibt den Vorstandsmitgliedern als äußerstes Mittel die Demission (OLG. Hamburg in GZ. 35, S. 247; Ring, Anm. 3). Nach außen freilich bleibt auch in solchen extremen Fällen der Vorstand der Vertreter, seine Handlungen bleiben nach außen gültig und umgekehrt wird der Aufsichtsrat auch in solchem Falle nicht Vertreter der Gesellschaft. Das Aktienregulativ gestattet auch in dieser Hinsicht den Statuten nicht, im vollen Umfange von der ihnen nach dem Gesetze gewährten Freiheit Gebrauch zu machen. Das Aktienregulativ will dem Vorstande auch eine gewisse Selbständigkeit nach innen gewähren (§ 34, Abs. 4; vergl. § 1 zu Art. 227). Es gestattet daher nicht, die oberste Leitung der Geschäfte faktisch dem Aufsichtsrate zuzuweisen. Im § 37, Abs. 2 zählt das Aktienregulativ taxativ auf, wie weit der Wirkungskreis des Aufsichtsrates über den gesetzlichen Umfang hinaus erweitert werden kann. Dies kann nur in folgender Richtung geschehen: Der Aufsichtsrat kann mit der Bestellung des Vorstandes betraut werden. Hiemit wurde einer häufig ausgeübten und zweckmäßigen Praxis Rechnung getragen. Der Vorstand kann hinsichtlich des Abschlusses einzelner im Statute zu bezeichnender Geschäfte an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden werden, freilich nur mit der Wirkung nach innen; dies folgt schon aus Art. 231, Abs. 2 und wird vom Aktienregulativ an entsprechender Stelle noch besonders hervorgehoben. Die Vorschrift, daß es nur einzelne Geschäfte sein müssen, die im Statute zu bezeichnen sind, die der Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vornehmen darf, wendet sich gegen die Praxis, wie sie oben geschildert ist. Endlich kann nach § 35, Abs. 2 die Zustimmung des Aufsichtsrates für Rechtsgeschäfte, welche einzelne Mitglieder des Vorstandes mit der Gesellschaft schließen, für notwendig erklärt werden. Es muß dies geschehen, wenn nicht die Erteilung der Zustimmung der Generalversammlung oder dem Direktionsrate vorbehalten ist.

Digitized by Google

Zusatz 1. Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ist im Handelsgesetzbuche nicht berührt. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, daß dieselben bei Vornahme der ihnen zugewiesenen Angelegenheiten für jedes Verschulden haften (vergl. § 3 zu Art. 241). Die Frage, ob auch eine Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber den Gesellschaftsgläubigern eintritt, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, wie hinsichtlich der Mitglieder des Vorstandes (vergl. § 6 zu Art. 241). Eine solche Haftung tritt also nur ein, wenn keine bloße Vertragsverletzung gegenüber der Gesellschaft, sondern eine dem objektiven Rechte widerstreitende Handlung vorliegt. Die bloße Unterlassung der Überwachung der Geschäftsführung stellt sich aber stets nur als Vertragsverletzung dar, auch wenn der Aufsichtsrat rechtswidrige Zahlungen aus dem Grundkapitale nicht hindert. Denn die Bestimmung, welche dem Aufsichtsrate bestimmte Kontrollpflichten auferlegt, ist eine bloß dispositive. Das Statut kann diese Kontrollpflicht beliebig einengen (vergl. oben § 21). Wenn der Aufsichtsrat in einem bestimmten Punkte seine Kontrollpflicht verletzt, so hat er bloß eine Verpflichtung verletzt, die ihm durch Statut und Anstellungsvertrag auferlegt ist, nicht aber eine objektive Rechtsvorschrift. § 23.

Der Umstand, daß nach dem Aktienregulativ die Geschäftstätigkeit des Aufsichtsrates nicht gegenüber dem in Art. 225 vorgezeichneten Umfange eingeengt werden kann, ändert hieran nichts. Denn durch diese Bestimmung des Aktienregulativs ist nur gesagt, daß ein Statut, welches ihr nicht entspricht, keine Aussicht auf staatliche Genehmigung hat, sie bewirkt aber nicht, daß die Dispositivvorschrift des Art. 225 zu einer zwingenden wird (vergl. §§ 8 und 9 zu Art. 207).[11])

Zusatz 2. Neben Vorstand und Aufsichtsrat noch ein anderes Organ zu bestellen und dasselbe nach Belieben mit Kontroll- und Verwaltungsbefugnis auszugestalten, steht nach dem Handelsgesetzbuche der Aktiengesellschaft frei. Das folgt aus der Bestimmung des Art. 231, Abs. 2. Mit Namen benannt ist dortselbst bloß ein Organ, nämlich der **Verwaltungsrat.**[12]) Das Gesetz denkt hiebei an ein § 24.

---

[11]) Diese Erwägungen führen allerdings dazu, bei den Kommanditgesellschaften auf Aktien den Mitgliedern des Aufsichtsrates eine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für Unterlassung jener Kontrollpflichten anzunehmen, die im Gesetze (Art. 193) den Aufsichtsmitgliedern auferlegt sind. Art. 204 spricht freilich eine solche Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ebensowenig aus wie Art. 241, aber sie ergibt sich dort aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, weil Art. 193 den Minimalumfang der Tätigkeit und Überwachungspflicht des Aufsichtsrates in zwingender Weise festgesetzt hat. Auf diesen Umfang sind die Bestimmungen des Statutes ohne jeden Einfluß. Der Aufsichtsrat der Kommanditaktiengesellschaft, der die ihm gesetzlich zugewiesene Überwachungspflicht verabsäumt, handelt daher nicht bloß gegen das Statut, sondern gegen das objektive Recht. § 249, Abs. 3, in Verbindung mit § 241, Abs. 3 d. HGB., spricht eine Ersatzpflicht der Mitglieder des Aufsichtsrates für Unterlassungen der schuldigen Aufsicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für bestimmte Fälle gesetzlich aus.

[12]) Die meisten Statuten der österreichischen Aktiengesellschaften erwähnen den Verwaltungsrat. Damit ist jedoch in der Regel kein besonderes, neben dem Vorstande bestehendes Organ gemeint, sondern der Vorstand selbst. In den meisten Statuten findet sich auch die Wendung: „Der Verwaltungsrat ist Vorstand der Gesellschaft im Sinne der Art. 227 bis 241" (vergl. § 3 zu Art. 227). Jedoch kennen auch manche Statuten einen Verwaltungsrat im Sinne des Art. 231, Abs. 2, der neben dem Vorstande als ein diesem übergeordnetes Organ auftritt und dem zugleich die Funktionen des Aufsichtsrates zugewiesen sind. Vergl. z. B. die Statuten der Aktiengesellschaft Wiener Bankverein (dort heißt das betreffende Organ übrigens Administrationsrat). Ebenso die Statuten der Unionbank. Eine ganz eigentümliche Bedeutung hat der Begriff des Verwaltungsrates in den Statuten der österreichischen Bodenkreditanstalt. Dort ist unter dem Verwaltungsrate eine Behörde verstanden, die sich zusammensetzt aus dem Gouverneur (dem Vorstande der Gesellschaft), den Verwaltungsräten und den Zensoren (dem Aufsichtsrate).

Digitized by Google

besonderes, neben dem Vorstande und auch neben dem etwa bestellten Aufsichtsrate bestehendes Organ, welches gegenüber dem Vorstande die Stellung einer leitenden übergeordneten Behörde einnehmen soll, dessen Geschäftskreis aber über die bloße Kontrolltätigkeit hinausgeht. Das Aktienregulativ gestattet den Aktiengesellschaften nicht, im Statute beliebige Organe zu bestellen. Neben dem Vorstande dem Aufsichtsrate oder den Rechnungsrevisoren ist bloß die Bestellung eines Organes gestattet, das ist die Bestellung des im § 36 vorgesehenen Direktionsrates.[13])

Es kommt nicht darauf an, wie dieses Organ im Statute benannt ist, sondern darauf, daß ihm kein anderer als der im § 36 vorgesehene Wirkungskreis eingeräumt ist. Im § 36 A. Reg. ist der Maximalumfang des Wirkungskreises des Direktionsrates geregelt. Dies steht mit dem Grundsatze des Aktienregulativs im Einklange, daß der Einfluß des Vorstandes auf die innere Geschäftsführung nicht übermäßig eingeengt werden darf. Nach § 36 A. Reg. kann dem Direktionsrate die Entscheidung über einzelne wichtige Angelegenheiten, die nicht in den Wirkungskreis der Generalversammlung gehören, zugewiesen und der Vorstand beim Abschlusse einzelner Geschäfte an die Zustimmung des Direktionsrates gebunden werden. Die einzelnen, dem Direktionsrate zugewiesenen Geschäfte müssen im Statute bestimmt werden. Auch kann der Direktionsrat mit der Bestellung des Vorstandes betraut werden, aber nur dann, wenn er in der Generalversammlung oder der konstituierenden Generalversammlung auf nicht länger als auf fünf Jahre gewählt wird. Endlich kann nach § 35, Abs. 2 die Zustimmung des Direktionsrates für Rechtsgeschäfte zwischen einem Mitgliede des Vorstandes und der Gesellschaft für notwendig erklärt werden, und es muß dies geschehen, sofern nicht nach dem Statute die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat diese Zustimmung zu erteilen hat.

§ 25. **Zusatz 3. Die Rechnungsrevisoren.** Die nach dem Gesetze dem Aufsichtsrate obliegende Prüfung der Jahresrechnungen und Bilanzen kann durch das Statut, insbesondere wenn kein Aufsichtsrat bestellt ist, auch anderen Personen übertragen werden. Das Statut kann diese Angelegenheiten besonderen Rechnungsrevisoren zuweisen.[14]) Es kann deren Bestellung einem Generalversammlungsbeschlusse vorbehalten sein oder dem Vorstande das Recht auf Ernennung der Revisoren eingeräumt werden (Lehmann II., S. 345, Anm. 4). Auch kann das Statut die Bestellung von Revisoren von Fall zu Fall anordnen oder dieselben zum beständigen Organe der Gesellschaft mit bestimmter Funktionsdauer machen. Das Aktienregulativ trifft in § 37 über diesen Punkt folgende Bestimmungen:

a) Die Bestellung von Rechnungsrevisoren ist notwendig, wenn kein Aufsichtsrat bestellt ist.

b) Die Zahl der Revisoren muß mindestens zwei betragen. Eine Maximalzahl ist nicht vorgeschrieben.

c) Über die Art der Bestellung der Revisoren und deren Funktionsdauer gilt dasselbe, wie hinsichtlich der Aufsichtsratsmitglieder. Nur besteht hier das besondere, für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder im § 37, Abs. 7 gewährte Minoritätsrecht nicht (Landauer, S. 84). Das Aktienregulativ begnügt sich demnach nicht mit der Bestellung der Rechnungsrevisoren von

---

[13]) Das Aktienregulativ setzt als begriffliches Merkmal des Direktionsrates voraus, daß er neben dem Vorstande bestellt ist. Der Ausdruck „Direktionsrat" kommt aber auch in anderer Bedeutung vor. So z. B. gebrauchen die Statuten der Unionbank den Ausdruck „Direktionsrat" gleichbedeutend mit Vorstand.

[14]) In der österreichischen Praxis sind die Rechnungsrevisoren eine althergebrachte Einrichtung (vergl. Nothnagel S. 151).

Digitized by Google

Fall zu Fall, wenn es sich um die Prüfung der einzelnen Bilanzen handelt, sondern verlangt, daß dieselben als ein selbständiges Organ bestellt werden.

d) Der Wirkungskreis der Rechnungsrevisoren ist im Aktienregulativ bestimmt umgrenzt. Das Statut darf denselben nicht geringer gestalten und auch nicht erweitern. Der Wirkungskreis besteht darin, daß die Rechnungsrevisoren die Jahresrechnungen und Bilanzen auf Grund der Einsichtnahme in die Bücher zu prüfen und der Generalversammlung alljährlich Bericht zu erstatten haben. Zu dieser Prüfung sind die Rechnungsrevisoren im selben Umfange berechtigt und verpflichtet, wie nach Art. 225 der Aufsichtsrat zu derselben Prüfung (anscheinend dagegen Rothnagel, S. 151). Da die Rechnungsrevisoren die Prüfung der Bilanzen und Jahresrechnungen auf Grund der Einsicht in die Bücher vorzunehmen haben, so folgt daraus, daß ihnen das Recht, zu diesem Zwecke Einsicht in die Bücher zu nehmen, zustehen muß; dagegen steht ihnen das Recht der Büchereinsicht zu allgemeinen Kontrollzwecken, wie dem Aufsichtsrate, nicht zu.

e) Über die Vergütung der Rechnungsrevisoren gilt dasselbe, wie hinsichtlich jener des Aufsichtsrates.

Artikel 226.

Handelt es sich um die Führung von Prozessen gegen die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, so kommen die für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Art. 194, 195) auch hier zur Anwendung.

Einleitung.

Der Artikel handelt von der Führung von Prozessen der Aktiengesellschaft gegen Mitglieder des Aufsichtsrates und Vorstandes. Die Materie ist jedoch durch die Bezugnahme auf die Art. 194 und 195 nicht klar geregelt, weil die genannten Artikel auf die Organisation der Aktiengesellschaft nicht sonderlich passen und daher vorsichtige Anwendung erheischen. Insbesondere können die Aktionäre nicht wie die Kommanditisten selbst gegen den Vorstand auftreten. Vielmehr kann dies nur die Gesellschaft tun (Renaud, S. 545; im Ergebnis übereinstimmend Eckstein, Die Nebenintervention, S. 247, dort auch ausführliche Literaturangaben). Die Materie stellt sich wie folgt:

§ 1.

1. **Bestellung von Prozeßbevollmächtigten für Klagen gegen Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates.** Die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, die von der Generalversammlung beschlossen[1]) und gegen Mitglieder des Vorstandes, solange dieselben noch im Amte sind, geführt werden, ist dem Vorstande entzogen. Wenn die Generalversammlung die Prozeßführung beschließt, so ist der Aufsichtsrat ordentliches Organ zur Prozeßführung (Art. 194, Abs. 1).[2])

Erscheint der Generalversammlung die Vertretung durch dieses Organ nicht tunlich, oder ist kein Aufsichtsrat bestellt (vergl. Blaschke-Pitreich,

[1]) Sonst ist der Vorstand, solange er aktionsfähig bleibt, von der Vertretung der Gesellschaft gegen einzelne Vorstandsmitglieder nicht ausgeschlossen (dagegen Renaud, S. 542).

[2]) Daneben besteht das Recht des Aufsichtsrates (nicht einzelner Aufsichtsratsmitglieder, auch wenn nur die Verantwortlichkeit einzelner in Frage steht), selbständig (auch ohne, auch gegen den Beschluß der Generalversammlung, gegen den Vorstand zu klagen, wenn es sich um die eigene Verantwortlichkeit handelt (Art. 194, Abs. 2). In diesen Klagen vertritt der Aufsichtsrat richtiger Ansicht nach die Gesellschaft (Behrend, § 127, Anm. 12; Alexander in GZ. 40, S. 110; Staub[5], Anm. 7 zu § 247, vergl. GlllNF. 210 f., a. M. Lehmann-Ring I., S. 492).

Digitized by Google

S. 216), so kann sie besondere Bevollmächtigte für die Prozeßführung bestellen,[3]) desgleichen immer dann, wenn es sich um einen Prozeß gegen die Mitglieder des Aufsichtsrates handelt (Art. 195, Abs. 1; Behrend, §127, Anm. 41; Cosack, S. 707). Wenn die Aktionäre an der Wahl behindert werden, so können sie die Bevollmächtigten durch das Handelsgericht bestellen lassen, auch dem einzelnen Aktionär steht dieses Recht zu (Art. 195).

Die vom Handelsgerichte bestellten Bevollmächtigten sind gesetzliche Vertreter im Sinne des § 1 ZPO. (vergl. Skedl, S. 160, Note 10) und schließen für den Kreis ihrer Vertretungsmacht die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vorstandes aus.

§ 2. 2. **Das Gericht entscheidet im offiziosen Verfahren** über den Antrag auf Bestellung von Prozeßbevollmächtigten (Blaschke-Pitreich, S. 184; Pisko in GH. 1900, Nr. 38; a. M. Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, S. 102, Note 27). Zuständig ist das Handelsgericht oder der Handelssenat des Kreis- oder Landesgerichtes, in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat (Pisko, GH. 1900, Nr. 39; vergl. Erläuterung zu Art. 3). Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, ob eine Hinderung an der Wahl in der Generalversammlung stattgefunden hat, und wenn es sich um Prozesse gegen Mitglieder des Vorstandes handelt, ob wirklich ein Grund vorliegt, den Aufsichtsrat von der ihm nach dem Gesetze zustehenden Vertretungsbefugnis auszuschließen.

Der von der Behörde Ernannte ist gesetzlicher Vertreter; eine Nachprüfung des Prozeßgerichtes, ob die Voraussetzungen der Ernennung vorliegen, ist unstatthaft (OLG. Hamburg in GZ. 43, S. 326). Dagegen unterliegt die Entscheidung des Gerichtes, welches über den Antrag auf Bestellung von Prozeßbevollmächtigten entschieden hat, den Rechtsmitteln, die nach §§ 9 ff. des kaiserlichen Patentes vom Jahre 1854 gegen im außerstreitigen Verfahren ergangene Verfügungen zulässig sind.

§ 3. 3. **Jeder Aktionär ist berechtigt, in den Prozeß auf seine eigenen Kosten als Nebenintervenient einzutreten.** Diese Bestimmung ist durch § 17, Abs. 2 ZPO. aufrechterhalten worden und erscheint hiedurch dem (Kommandit-) Aktionär, der von dem in Art. 194 und 195 gewährten Rechte Gebrauch macht, die Stellung eines Nebenintervenienten im Sinne unserer Zivilprozeßordnung zuerkannt.[4]) Kommt dem (Kommandit-) Aktionär, der als Nebenintervenient beigetreten ist, die Stellung eines Streitgenossen im Sinne des § 20 ZPO. zu? Die Frage ist hinsichtlich des als Nebenintervenient beitretenden Aktionärs zu verneinen, denn nach unserer Ansicht ist die Aktiengesellschaft selbst, also eine juristische Person, Prozeßpartei und

---

[3]) Dies ist der Sinn der Bestimmung des Art. 195, soweit er sich auf Klagen gegen Mitglieder des Vorstandes bezieht. Keineswegs sollte in diesem Artikel eine Klage einzelner Aktionäre oder einer Majorität derselben als Streitgenossen für zulässig erklärt werden (Renaud, S. 545; ROHG. 19, S. 182; vergl. dagegen R. Pollak, ZP. S. 190).

[4]) Mag man der Ansicht sein, daß in den Fällen der Art. 194 und 195 ohnehin das in § 17, Abs. 1, ZPO., geforderte allgemeine Interventionsinteresse vorliegt, daher die Bestimmung des § 17, Abs. 2 ZPO., soweit sie sich auf die Art. 194, 195, 226 bezieht, gegenstandslos ist (Skedl S. 366, Note 24), oder daß es sich hier wirklich um eine aufrechterhaltene Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung des § 17, Abs. 1 ZPO. handelt (Mat. I., S. 203), oder endlich, daß in den hier in Rede stehenden Fällen überhaupt keine Nebenintervention vorliegt (R. Pollak a. a. O.), im Ergebnis liegt ein „bindender Gesetzesbefehl" vor (R. Pollak a. a. O.) und der Aktionär braucht sein „rechtliches Interesse" nicht zu beweisen (Horten, ZPO. Nr. 249). Eingehende Literaturangaben über diese Frage siehe bei Eckstein, Die Intervention nach österreichischem Rechte, S. 230 ff.

Digitized by Google

von der Rechtskraft des gegen eine solche erfließenden Urteiles werden deren Mitglieder nicht erfaßt[5]) (a. M. Horten, ZPO. Nr. 286 und R. Pollak [a. a. O., S. 190], der in den in Rede stehenden Fällen überhaupt keine Nebenintervention, sondern eine Streitgenossenschaft erblickt). Anders ist allerdings die Frage bezüglich des als Nebenintervenient beitretenden Kommanditaktionärs zu entscheiden. Nach unserer Ansicht ist in den Fällen der Art. 194 und 195 nicht die Kommanditaktiengesellschaft, sondern die einen mit Parteifähigkeit ausgestatteten Personenverein bildende Kommanditistengesamtheit Prozeßpartei (vergl. Erläuterung zu Art. 194 und 195); das Urteil, welches für oder gegen die Kommanditistengesamtheit erfließt, übt Rechtskraft für und gegen die einzelnen Kommanditisten, z. B. was die Feststellung des Dividendenanspruches betrifft (vergl. Eckstein a. a. O., S. 241). Daher wird man dem als Nebenintervenient beitretenden Kommanditisten die Stellung eines Streitgenossen im Sinne des § 20 ZPO. zuerkennen müssen.

Wenn im Gesetze gesagt ist, der Aktionär könne auf seine Kosten dem Prozesse beitreten, so ist damit bloß gesagt, daß er nicht von der Gesellschaft Ersatz oder Vorschuß von Kosten verlangen könne. Dabei bleibt ihm aber das Recht vorbehalten, nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung von der sachfälligen Gegenpartei den Ersatz der Kosten zu fordern (Renaud, S. 545; Blaschke-Pitreich, S. 184). Daher bleibt die Bestimmung des § 41, Abs. 1 ZPO., nach der die sachfällige Partei auch dem Nebenintervenienten (der der siegreichen Partei beigetreten ist) die Kosten zu ersetzen hat, unberührt.[6])

Dritter Abschnitt.

Rechte und Pflichten des Vorstandes.

Artikel 227.

Jede Aktiengesellschaft muß einen Vorstand haben (Art. 209, Z. 7). Sie wird durch denselben gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen; diese können besoldet oder unbesoldet, Aktionäre oder andere sein.

Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.

Einleitung.

Der Artikel spricht die Notwendigkeit der Bestellung eines Vorstandes aus, normiert den allgemeinen Charakter desselben (Abs. 1), **die Zusammensetzung desselben und die Qualifikation seiner Mitglieder** (Abs. 2), **und endlich die Widerruflichkeit seiner Bestellung** (Abs. 3). Daß jede Aktiengesellschaft einen Vorstand haben muß, ist bereits in Art. 209, Z. 7 angeordnet und wird hier bloß wiederholt.

§ 1.

1. (Abs. 1.) **Der allgemeine Charakter des Vorstandes.** Derselbe ist hier nicht erschöpfend angegeben. Hier ist nur eine Seite desselben, seine Stellung als

[5]) Das ist, wie R. Pollak a. a. O., S. 146, Note 30, richtig hervorhebt, die Bedingung, unter welcher der nicht ganz deutlich gefaßte § 20 ZPO., dem Nebenintervenienten die Stellung eines Streitgenossen gewährt.

[6]) Die deutsche Aktiengesetzgebung hat bereits seit der Novelle vom Jahre 1884 von dem in den Art. 194, 195, 226 gewährten Interventionsrechte keine Erwähnung getan.

Digitized by Google

gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, hervorgehoben. Der Vorstand ist aber außerdem noch geschäftsführendes Organ der Gesellschaft. Er ist ihre ständige geschäftsführende Behörde, welcher zunächst eine Reihe von Geschäftsführungspflichten schon von Gesetzes wegen unentziehbar zugewiesen sind (Berufung der Generalversammlung, Art. 236; Sorge für die Buchführung, Art. 239, Abs. 1; Vorlegung der Bilanz, Art. 239, Abs. 2; die Anzeige von Verlusten am Grundkapital, Art. 240, Abs. 1, Anzeige der Zahlungseinstellung, § 197 KO.) und welcher außerdem die ganze Geschäftsführung obliegt, soweit sie nicht durch Gesetz oder Statut anderen Organen zugewiesen ist (vergl. ROHG. 13, S. 180; vergl. § 34, Abs. 4 A. Reg.). Aber hinsichtlich der Geschäftsführung kann anderen Organen soviel Macht über den Vorstand selbst zugewiesen sein, daß dieser dadurch im großen und ganzen zum Exekutivbeamten des Aufsichtsrates oder Direktionsrates herabgedrückt wird (OLG. Hamburg in GZ. 35, S. 247; vergl. § 9 zu Art. 225). Bis auf die erwähnten unentziehbaren Geschäftsführungsakte kann derjenige Aufsichtsrat, dessen Anweisungen der Vorstand zu folgen hat, diesem die Geschäftsführung auch ganz entziehen. Nach § 34, Abs. 4 A. Reg. ist allerdings im Statute dem Vorstande ein solcher Einfluß auf die innere Geschäftsführung vorzubehalten, die mit seiner Vertretungsbefugnis nach außen im Einklange steht. Der vorliegende Artikel aber handelt, wie gesagt, nur von der Vertretung nach außen. Der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, nicht ihr Bevollmächtigter, sondern dasjenige Organ, durch welches die Gesellschaft regelmäßig nach außen im Rechtsleben auftritt, durch welches sie insbesondere ihre Rechtsgeschäfte mit Dritten abschließt[1]) (gegen die Auffassung als Vollmachtsverhältnis Ring, Anm. 4 und besonders Neukamp, S. 101 und 122). Der Inhalt seiner Vertretungsbefugnis ist nach außen unbeschränkbar (Art. 231, Abs. 2), nur müssen diejenigen Beschränkungen gelten, die das Gesetz selbst aufstellt, indem es gewisse Handlungen des Vorstandes ex jure publico untersagt (Art. 222, 248). Der Vorstand ist eben nicht ein absolut notwendiges Vertretungsorgan; das Gesetz verlangt ihn zwar als Norm und Regel (Art. 209, Z. 7, Art. 227), aber er kann während des Bestehens der Gesellschaft fehlen (dagegen die Gründe bei Budwinski 8551), sei es, daß er abberufen wird, ohne daß sofort Ersatz gefunden oder geschaffen wird, oder daß er plötzlich stirbt. Weder hört dadurch die Gesellschaft zu existieren auf, noch ist es richtig, daß solange der Verein einen Vorstand nicht hat, Rechtsgeschäfte weder von ihm noch ihm gegenüber vorgenommen werden können. Die Gesellschaft kann vielmehr ungestört weiter funktionieren, die Beamten und Bevollmächtigten der Gesellschaft besorgen ihre Geschäfte, und nur diejenigen Rechtshandlungen können nicht vorgenommen werden, welche zur ausschließlichen Machtbefugnis des Vorstandes von Gesetzes wegen gehören.

Die Quelle seiner Stellung ist ein mit ihm geschlossener Dienstvertrag (Behrend, § 124). Doch ist dieser Dienstvertrag kein Handlungsgehilfenvertrag (vergl. § 8).

---

[1]) Er ist nicht ausschließliches Vertretungsorgan der Gesellschaft, ausnahmsweise ist es auch der Aufsichtsrat (vergl. die Einleitung zu Art. 225) und ganz ausnahmsweise auch die Generalversammlung (vergl. § 2 zu Art. 224). Zutreffend ist die von Ring (Anm. 1) gewählte Bezeichnung des Vorstandes als des ordentlichen ständigen Organs der Gesellschaft für deren Vertretung und Geschäftsführung.

Digitized by Google

In gerichtlichen Angelegenheiten insbesondere ist der Vorstand gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 1 ZPO. (vergl. Art. IV, Z. 2 EinfG. zur ZPO.). Will der Vorstand selbst die Gesellschaft verklagen, z. B. auf Gewährung von Gehalt, so kann er sich nicht selbst zustellen. Vielmehr muß eventuell der Gesellschaft ein Kurator bestellt werden nach § 8 ZPO. (RG. 7, S. 404).

2. (Abs. 2.) **Die Zusammensetzung des Vorstandes und die Qualifikation seiner Mitglieder.** § 2.

a) **Die Zusammensetzung des Vorstandes.** Hierüber muß sich das Statut verhalten (Art. 209, Abs. 2, Z. 7). Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen (Lehmann II., S. 233). Auch das Aktienregulativ läßt einen bloß aus einem Mitgliede bestehenden Vorstand zu; dies folgt aus § 34, Abs. 5. Besteht er aus mehreren Personen, so sind dieselben im Zweifel nur kollektiv vertretungsberechtigt, wie aus Art. 229, Abs. 1 hervorgeht. Für die Geschäftsführung muß dasselbe Prinzip gelten (Ring, Anm. 9; vergl. auch unten § 1 zu Art. 231). Es kann aber auch jedes Vorstandsmitglied für sich voll und ganz vertretungsberechtigt sein. Alsdann repräsentiert jedes Mitglied, wenn es allein handelt, den Vorstand. Auch als Majoritätskollegium kann der Vorstand organisiert sein. Alsdann muß sich die dissentierende Minderheit fügen, kann aber durch Mehrheitsbeschluß nicht gezwungen werden, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse auszuführen, wie sie auch andrerseits durch Mehrheitsbeschluß nicht geschützt wird, wenn sie sich bei der Ausführung solcher Beschlüsse beteiligt. Zur Beschlußfähigkeit gehört in solchen Falle die Beteiligung aller Vorstandsmitglieder, wenn nichts anderes statutarisch vorgesehen ist, und zum Zustandekommen des Beschlusses absolute Mehrheit (vergl. § 10 zu Art. 225; Ring, Anm. 9). Nach § 34, Abs. 5 A. Reg. muß das Statut Bestimmungen über die Art der Beschlußfassung des aus mehreren Mitgliedern bestehenden Vorstandes enthalten. Auch in Abteilungen (Komitees), welche verschiedene Materien behandeln, kann der Vorstand geteilt werden (ROHG. 18, S. 337). So z. B. kann im Statute bestimmt werden, daß ein Teil der Vorstandsmitglieder als Exekutivkomitee die unmittelbare Leitung der Geschäfte besorgt (§ 34, Abs. 9 A. Reg.). Die Mitglieder des Exekutivkomitees sind nach innen an die Weisungen des gesamten Vorstandes gebunden. Nach außen ist für die Vertretungsmacht der einzelnen Vorstandsmitglieder deren innere Stellung innerhalb des Vorstandes gleichgültig. Die völlige Ausschließung eines Vorstandsmitgliedes von der Vertretungsbefugnis ist unstatthaft (Petersen und Pechmann, S. 477).

Zur Annahme des Amtes als Vorstand ist niemand verpflichtet, auch der Aktionär nicht. Auch das Statut kann eine solche Verpflichtung der Aktionäre nicht festsetzen, weil dies gegen Art. 219 verstoßen würde (vergl. § 2 zu Art. 219; dagegen Lehmann II., S. 243).

b) **über die Bestellung** der Vorstandsmitglieder muß das Statut Bestimmungen enthalten (Art. 209, Z. 7). Das Handelsgesetzbuch setzt hier der Freiheit statutarischer Festsetzungen keine Schranken. Nach dem Handelsgesetzbuche kann die Bestellung des Vorstandes im Statute der Generalversammlung oder irgendeinem anderen Gesellschaftsorgane, insbesondere dem Aufsichtsrate, vorbehalten werden; letzteres ist ein in der Praxis sehr häufig vorkommender Fall. Auch der Zulässigkeit einer § 3.

Digitized by Google

Bestimmung des Statutes, daß die Gründer den ersten Vorstand zu ernennen haben, steht keine gesetzliche Vorschrift entgegen. Auch der Vorstand selbst kann im Statute zur Kooptation ermächtigt werden (Behrend, § 124, Anm. 13). Nicht geregelt ist im Gesetze die Frage, ob eine Statutenbestimmung zulässig ist, daß die Bestellung des Vorstandes einem dritten vorbehalten ist. Die Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung. So z. B. finden sich sehr häufig Statutenbestimmungen, daß die Ernennung des Vorstandes oder einzelner Mitglieder desselben (oft bloß die Bestätigung) der Regierung oder dem Kaiser vorbehalten ist (vergl. z. B. die Statuten des österreichischen Kreditinstitutes für Verkehrsunternehmungen, der österreichischen Länderbank, der österreichischen Bodenkreditanstalt). Die Zulässigkeit derartiger Statutenbestimmungen ergibt die analoge Anwendung des § 15, Abs. 3 GmbHG. (Bestellung von Geschäftsführern durch Staat, Land oder eine andere öffentliche Körperschaft). Daß das Statut in solchen Fällen der Gesellschaft ein Widerrufsrecht wahrt, ist nicht notwendig (vergl. den ebenfalls analog anwendbaren § 16, Abs. 3 GmbHG.; a. M. Lehmann II., S. 241). Das Widerrufsrecht steht hier dem bestellenden öffentlichen Organe zu. Das Aktienregulativ läßt nicht alle gesetzlich zulässigen Arten der Bestellung der Vorstandmitglieder zu. Es verlangt grundsätzlich, daß im Statute die Bestellung des Vorstandes der Generalversammlung oder einem von der Generalversammlung gewählten Organe (Aufsichtsrat oder Direktionsrat) vorzubehalten ist. Von diesem Grundsatze läßt das Aktienregulativ nur zwei Ausnahmen zu: Es gestattet, daß im Statute die Bestellung des ersten Vorstandes den Gründern vorbehalten wird, und gestattet für einen bestimmten Fall, daß dem Vorstande selbst das Recht der Kooptation neuer Mitglieder eingeräumt wird; eine solche Statutenbestimmung kann jedoch bloß für den Fall getroffen werden, daß Vorstandsmitglieder während ihrer Funktionsdauer ausscheiden und hiedurch der Vorstand unter die Minimalzahl sinkt, die nach dem Statute zur Vertretung und Beschlußfassung nötig ist; ferner kann die Kooptation nur vorläufig für die Zeit bis zur nächsten definitiven Ersatzwahl erfolgen (§ 34, Abs. 8 A. Reg.). Ist im Statute die Bestellung des Vorstandes einem anderen Organe als der Generalversammlung übertragen, so ist diese ohne vorangegangene Statutenänderung nicht befugt, über die Bestellung der Vorstandsmitglieder einen Beschluß zu fassen, ein solcher Beschluß unterliegt der Anfechtung (OLG. Hamburg bei Seuff Arch. 57, Nr. 177).

Die Qualifikation der Mitglieder. Hierüber ist nur negativ bestimmt, daß sie nicht notwendig Aktionäre sein müssen. Hierüber sowie über die Zulässigkeit anderer Beschränkungen und Erfordernisse (Kautionsstellung, Wohnsitz im Auslande usw.) gilt das Gleiche, wie für die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder (vergl. § 4 zu Art. 225). Von Gesetzes wegen bestehen keine anderen Qualifikationserfordernisse als diejenigen, die sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben. Es müssen daher die Vorstandsmitglieder physische Personen (so auch § 15, Abs. 1 GmbHG.) und eines vernünftigen Willens fähig sein. Mangel der vollen Handlungsfähigkeit ist kein gesetzliches Hindernis (vergl. § 1018 ABGB.; anders § 15, Abs. 1 GmbHG.). Das Aktienregulativ verlangt allerdings im § 34, Abs. 2 die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß nur eigenberechtigte Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellt

Digitized by Google

werden.[2]) Auch in gewerberechtlicher Beziehung ist nicht notwendig, daß die Vorstandsmitglieder die zum betreffenden Gewerbebetriebe nötigen Eigenschaften besitzen; diese müssen nur in der Person des nach § 3, Abs. 1 GewO. zu bestellenden gewerblichen Stellvertreters vorhanden sein (vergl. § 19 zu Art. 208); dieser selbst muß kein Mitglied des Vorstandes sein.

Die Bezeichnung Vorstand ist wesentlich (Oberstes Landesgericht München vom 18. Juni 1895 bei Holdheim 1895, S. 356; Lehmann-Ring I., S. 462; Behrend, S. 836, Anm. 2; Pinner, S. 130; dagegen jedoch die herrschende Ansicht, zitiert bei Ring). Nach außen muß klar sein, wer gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist. Der Titel Direktor wird auch sonstigen Beamten verliehen. § 34, Abs. 1 A. Reg. schreibt ausdrücklich vor, daß das gesellschaftliche Organ, welches die Funktion des Vorstandes auszuüben hat, im Statute als solcher zu bezeichnen ist. In den Statuten der Aktiengesellschaften findet man für den Vorstand häufig die Bezeichnung Verwaltungsrat oder Direktion (vergl. Statuten der Aktiengesellschaft „Wiener Bankverein"); wenn der Vorstand bloß aus einem Mitgliede besteht, so kommt auch die Bezeichnung „Gouverneur" vor (vergl. Statuten der österreichischen Bodenkreditanstalt). Gewöhnlich aber enthalten die Statuten, die die direkte Bezeichnung Vorstand nicht gebrauchen, eine Bestimmung, welches der verschiedenen Gesellschaftsorgane als Vorstand im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Z. B. findet sich häufig in den Statuten die Bestimmung; „Der Verwaltungsrat ist Vorstand im Sinne der Art. 227 bis 241 HGB." Durch eine solche Bestimmung ist jedenfalls dem oben aufgestellten Erfordernisse, daß im Statute hervorgehoben werden muß, wer Vorstand der Gesellschaft ist, entsprochen. Auch der angeführten Vorschrift des Aktienregulativs erscheint hiedurch genügt.[3]) Fehlt es im Statute an einer Bestimmung, aus welcher deutlich ersichtlich ist, wer Vorstand der Gesellschaft ist — nach unserer Ansicht hätte in diesem Falle der Registerrichter die Eintragung der Gesellschaft zu verweigern — so ist als Vorstand dasjenige Organ anzusehen, dem im Statute die regelmäßige Vertretung der Gesellschaft nach außen zugewiesen ist (Renaud, S. 468; Blaschke-Pitreich, S. 216). Auf den Titel kommt es nicht an. Danach ist zu beurteilen, ob das im Statute als Direktor bezeichnete Organ Vorstand der Gesellschaft oder gesellschaftlicher Beamter mit einer leitenden Stellung im Betriebe ist. Personen der letzterwähnten Art werden, auch wenn sie Handlungsvollmacht haben, hiedurch nicht Vorstandsmitglieder (Bolze 10, S. 431; vergl. Kleinwächter, S. 12 ff.). Es ist nur noch der Deutlichkeit wegen betont, daß eine Besoldung nicht ausgeschlossen ist, um den für das gemeine Recht möglichen Zweifel nach dieser Richtung abzuschneiden.

---

[2]) Bloß die Bedeutung einer instruktionellen Vorschrift hinsichtlich der Qualifikation der Vorstandsmitglieder hat die Bestimmung des § 34, Abs. 3 A. Reg., nach welcher bei Bestellung des Vorstandes tunlichst auf jene Personen Bedacht zu nehmen ist, welche sich gewerbemäßig mit der unmittelbaren Leitung des Geschäftsbetriebes des gesellschaftlichen Unternehmens befassen.

[3]) § 10 der Statuten der unter der Herrschaft des Aktienregulativs gegründeten Holzhandelsgesellschaft enthält ebenfalls die Bestimmung: „Die Leitung der Geschäfte besorgt der Verwaltungsrat; derselbe ist Vorstand im Sinne der Art. 227 bis 241 HGB."

Digitized by Google

§ 4. 3. (Abs. 3.) **Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, vorbehaltlich der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.**

a) **Die jederzeitige Widerruflichkeit** ist vom Gesetze ausgesprochen, damit hierüber kein Zweifel entstehe durch die verschiedenen juristischen Konstruktionen, welche man dem Vertrage geben könnte. Das Gesetz will sagen, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis jedenfalls jederzeit entzogen werden kann. Ob auch der ganze Dienstvertrag jederzeit aufgehoben werden kann, darüber vergl. den Zusatz. Auf die Widerruflichkeit kann auch nicht verzichtet werden (ROHG. 23, S. 327; RG. 3, S. 186; 127, S. 37; Lehmann-Ring I., S. 464; Behrend, § 124, Anm. 19).

Die Ausübung des Widerrufes beruht auf reiner Willkür. Der Vorstand kann nicht etwa auf das Fortbestehen der Vorstandschaft trotz erfolgten Widerrufes klagen (ROHG. 14, S. 85).[4]) Es sind aber für sachlich ungerechtfertigte Widerrufe Konventionalstrafen denkbar. Von wem der Widerruf ausgeübt wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Die Generalversammlung ist jedenfalls dazu berechtigt, neben ihr der Aufsichtsrat oder der Direktionsrat, wenn diesen Organen das Widerrufsrecht übertragen ist. Eine solche Übertragung liegt aber implicite in der Übertragung des Rechtes, den Vorstand zu bestellen (Lehmann-Ring a. a. O.; Behrend, § 124, Anm. 20).

§ 5. Verschieden vom Widerrufe ist die Erlöschung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstandes durch Ablauf seiner Funktionsdauer. Dieselbe muß nach dem Gesetze allerdings nicht zeitlich fixiert sein. Die Bestellung eines Vorstandes auf unbestimmte Zeicht ist möglich (Lehmann II., S. 241). Die Statuten setzen allerdings der Amtsdauer des Vorstandes eine zeitliche Grenze. Nach § 34, Abs. 7 A. Reg. soll das Statut für die Funktionsdauer des Vorstandes in der Regel keinen längeren Zeitraum als fünf Jahre festsetzen.[5]) Die Wiederwahl eines Vorstandsmitgliedes nach Ablauf seiner Funktionsdauer ist durch das Gesetz nicht verboten (Lehmann II., S. 242). Das Statut braucht daher eine solche Wiederwahl nicht ausdrücklich zu gestatten (vergl. § 34, Abs. 7 A. Reg.); es genügt, wenn sie das Statut nicht verbietet. Mit dem Ablaufe der bei Gelegenheit der Bestellung oder im Statute festgesetzten Funktionsdauer erlöschen mangels einer besonderen Bestimmung Rechte und Pflichten des Vorstandes. Man kann nicht dem Verwaltungsgerichtshofe (Budwinski 8551) beistimmen, daß im Zweifel Rechte und Pflichten des Vorstandes solange bestehen bleiben, bis ein neuer Vorstand gewählt ist. Die Gründe dieses Erkenntnisses stützen sich hauptsächlich auf die von uns bekämpfte Ansicht (vergl. oben § 1), daß eine Aktiengesellschaft ohne Vorstand überhaupt nicht

---

[4]) Von dem Widerrufe der Bestellung ist noch zu scheiden die Behinderung an der Ausübung der mit derselben verbundenen Tätigkeit. Hier steht Klage zu; nach Behrend (§ 124, Anm. 22) gegen das betreffende hindernde Organ, nach Ring (Anm. 10) gegen die Gesellschaft, nach unserer Ansicht gegen den einen oder andern, je nachdem die Störung namens der Gesellschaft erfolgt oder nicht.

[5]) Dabei bestimmt das Aktienregulativ, daß das Statut das Ende der Funktionsdauer nicht an den kalendermäßigen Ablauf der im Statute festzusetzenden Zeit zu knüpfen hat, sondern bestimmen muß, daß die Funktionsdauer des Vorstandes erst mit der Abhaltung jener Generalversammlung erlischt, die über die letzte Jahresbilanz beschließt, bei deren Aufstellung die Vorstandsmitglieder mitzuwirken hatten (vergl. § 6 zu Art. 225).

Digitized by Google

bestehen kann. Richtig wurde allerdings in dem erwähnten Falle hervorgehoben, daß der Vorstand verpflichtet ist, dafür Sorge zu tragen, daß vor Ablauf seiner Funktionsdauer ein neuer Vorstand gewählt wird und daß er zur Erfüllung dieser Verpflichtung sowohl von den Aktionären durch Antrag aus Art. 237 als auch von der Aufsichtsbehörde angehalten werden kann.

b) **Vorbehalten sind Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.** Hierüber vergl. das im Zusatz Gesagte, wo die Rechtsverhältnisse aus dem begleitenden Vertrage im Zusammenhange erörtert werden. § 6.

Zusatz 1. Die Dienstverhältnisse der Vorstandsmitglieder sind im vorstehenden Artikel nicht erörtert. Er beschäftigt sich lediglich mit der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. § 7.

a) **Die Natur dieses Dienstverhältnisses ist nicht die des Dienstvertrages zwischen Handlungsgehilfen und Prinzipal** (Lehmann II., S. 295). Vielmehr ist der Vorstand gegenüber den Handlungsgehilfen der Gesellschaft selbst Prinzipal. Dem Vorstand obliegt (vergl. oben § 1) neben der Vertretung auch die Geschäftsführung. „Geschäftsbesorgung" und Dienstleistungen tatsächlicher Natur haben hier regelmäßig die gleiche Bedeutung. Daher muß man unter Zugrundelegung der von Schey (Bevollmächtigungsvertrag S. 494) aufgestellten Unterscheidung zwischen Bevollmächtigungsvertrag und Lohnvertrag das Verhältnis der Vorstandsmitglieder zur Gesellschaft den Regeln des Lohnvertrages unterstellen; § 1159 ABGB. findet Anwendung. § 8.

b) **Über das, was für diesen Dienstvertrag im einzelnen Rechtens ist, entscheidet hienach das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch** in Verbindung mit dem, was sich auf Grund der Beschaffenheit dieses Verhältnisses aus der Natur der Sache ergibt (§§ 1151 ff. ABGB.). § 9.

α) Die Besoldung. Auslagen kann das Vorstandsmitglied jedenfalls erstattet verlangen (Cosack, S. 657), jedoch nur in angemessenem Umfange. Nach § 38, Abs. 1 A. Reg. hat das Statut klare Bestimmungen über die Art der Belohnung der Vorstandsmitglieder zu enthalten. Für den Fall, als die Entlohnung nach dem Statute von Fall zu Fall festgesetzt werden soll, kann diese Festsetzung nach § 38, Abs. 2 A. Reg. nur dem Aufsichtsrate, dem Direktionsrate oder der Generalversammlung vorbehalten werden, den erstgenannten beiden Organen übrigens nur dann, wenn die Entlohnung nicht in einem Anteile am Reingewinne besteht. Die Besoldung kann verschiedenen Inhalt haben; Gehalt; freie Wohnung und Beköstigung (RG. 22, S. 35); freie Wohnung nebst Garten (Bolze 11, Nr. 345: den Garten hat er selbst zu bestellen); auch Pensionsversprechen als remuneratorische Schenkungen sind prinzipiell nicht unzulässig (Bolze 14, Nr. 256), ob sie im Einzelfalle sachlich berechtigt, ist eine andere Frage; ferner Provision von den durch den Vorstand abgeschlossenen Geschäften (§ 9 zu Art. 57); endlich Tantième. Anlangend aber die Tantièmen, so entsteht dadurch ein Zweifel, daß bei Aktiengesellschaften ein bilanzmäßiger Reingewinn dann nicht vorhanden ist, wenn zwar in dem betreffenden Jahre, falls man dasselbe für sich betrachtet, ein Gewinn erzielt ist, derselbe aber absorbiert oder verkleinert wird durch eine von früherher übernommene Unterbilanz. Das Reichsgericht hat in dieser Beziehung ausgesprochen, daß im Zweifel der Gewinn des betreffenden Jahres für die Berechnung der Tantièmen von Vor- § 10.

Digitized by Google

standsmitgliedern und Gesellschaftsbeamten maßgebend sei, nicht der bilanzmäßige Reingewinn (RG. 11, S. 163). Mit Recht bemängelt dies Ring (Anm. 7; dagegen Lehmann II., S. 297). Darin aber ist dem Reichsgerichte a. a. O. beizustimmen, daß der Tantièmenanspruch fällig und klagbar ist mit der definitiven Bilanzgenehmigung; der Umstand, daß die Generalversammlung wegen Illiquidität der Mittel die Auszahlung der Dividende vertagt, berührt den Tantièmenanspruch nicht (Lehmann II., S. 218). Wie die Tantième zu berechnen ist, welche Reservekonten dabei in Abzug kommen, darüber vergl. § 10 zu Art. 225. Die Frage, ob die Generalversammlung Vorstandsmitgliedern auch dann Tantièmen bewilligen kann, wenn solche im Statute nicht vorgesehen sind, hat das ROHG. 22, S. 281 bejaht. Dem ist beizutreten, denn darin liegt nichts, als die Vereinbarung einer bestimmten Besoldungsart. In dem Schweigen des Statutes kann hier (anders als bei der Besoldung der Mitglieder des Aufsichtsrates) die Meinung der Nichtbesoldung nicht gefunden werden, weil erfahrungsmäßig die Statuten über die Besoldung von Vorstandsmitgliedern erschöpfende Bestimmungen nicht enthalten, dies vielmehr der Vereinbarung von Fall zu Fall überlassen wird. Die oben (§ 10) erwähnte Bestimmung des § 38, Abs. 1 A. Reg. sucht diesem Zweifel vorzubeugen. Ergeben aber die Statuten, daß dem Vorstande nur ein bestimmter Prozentsatz des Reingewinnes zugebilligt werden darf, so verstößt die Stipulierung eines höheren Prozentsatzes gegen die Statuten (vergl. ROHG. 19 S. 334).

Bei gerechtfertigter Abberufung im Laufe des Jahres ist die Tantième des ganzen Jahres anteilig zu zahlen, nicht etwa die Tantième des betreffenden Zeitabschnittes (vergl. § 8 zu Art. 57 und Adl.Cl. 1907).

Die Tantième steht im Zweifel dem Vorstande als Organ der Gesellschaft zu. Über die Teilung derselben unter die einzelnen Mitglieder gilt das Gleiche wie für den Aufsichtsrat (vergl. § 11 zu Art. 225).

§ 11. β) **Für Krankheitsfälle** greift nicht Art. 60 Platz, vielmehr muß dem Vorstandsmitgliede, solange es im Amte belassen wird, das Gehalt gezahlt werden (ROHG. 19, S. 63; Ring, Anm. 11; abweichend Cosack S. 657). Urlaubsreisen zum Zwecke der Erholung kann das Vorstandsmitglied auf eigene Faust machen. Es ist ja Prinzipal und hat daher nicht um Urlaub zu bitten. Eine Änderung tritt in dieser Hinsicht ein durch ausdrückliche Abmachung oder durch eine Normierung des Dienstverhältnisses, aus welcher hervorgeht, daß der Aufsichtsrat oder dessen Vorsitzender der generelle Vorgesetzte des Vorstandes nach innen sein soll. Immer aber ist der Aufsichtsrat die überwachende Behörde und aus diesem Grunde dürfte eine Anzeige der beabsichtigten Urlaubsreise und wohl auch eine Rechtfertigung derselben an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates stets erforderlich, eine Unterlassung der Anzeige als Pflichtverletzung zu erachten sein.

§ 12. γ) **Was den Fall des Rücktrittes** betrifft, so ist zunächst zu bemerken, daß eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht besteht. Die Bestimmungen über die Handlungsgehilfen sind nicht anwendbar (vergl. oben § 8), auch nicht analog anwendbar (vergl. § 1 e zu Art. 57). Angesichts der Bestimmung des Gesetzes muß eben jedes Mitglied des Vorstandes mit der Möglichkeit des Widerrufes rechnen. Randa (II., S. 205) will bei willkürlichem Widerruf den Vorstandsmitgliedern einen Anspruch auf

Digitized by Google

Belohnung für die präsumtive Zeit der Funktionsdauer zusprechen. Aus § 1020 ABGB. — der übrigens nach der hier vertretenen Ansicht (vergl. oben § 8) auf die Entscheidung der vorliegenden Frage nicht anwendbar ist — ergibt sich ebenfalls kein Anspruch auf entgangene Belohnung (vergl. Schey, Bevollmächtigungsvertrag, S. 666). Besteht aber eine vereinbarte Kündigungsfrist oder Vertragsdauer[6]), so sind die Folgen des Rücktrittes durch § 1155 in Verbindung mit § 1160 ABGB. geregelt (vergl. § 7 zu Art. 62).

Daraus ergibt sich für das Rechtsverhältnis des Vorstandsmitgliedes folgendes: Sein Recht zur Vertretung und Geschäftsbesorgung erlischt durch den Widerruf allerdings. Aus der vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses entspringt jedoch dem Vorstandsmitgliede ein Schadenersatzanspruch, über dessen Höhe aber nicht § 1155 ABGB., sondern — da der Anstellungsvertrag ein Handelsgeschäft ist — Art. 283 entscheidet (vergl. § 5 zu Art. 62).

§ 13. Die Gründe des Rücktrittes anlangend, so ist Art. 64 nicht maßgebend. Vielmehr ist alles dem richterlichen Ermessen überlassen (§ 1160 ABGB.; vergl. § 6 zu Art. 62). Für dasselbe gibt die Natur des Verhältnisses den einzigen Anhaltspunkt. Daß gerade strengere Grundsätze hier obwalten müssen, wie das ROHG. 13, S. 182 sagt, kann nicht unbedingt akzeptiert werden, in gewisser Hinsicht auch mildere; so wird z. B. das Fortbleiben vom Geschäfte nicht so streng zu nehmen sein wie beim Handlungsgehilfen. In der Praxis wurde ausgesprochen, daß Indiskretion einen Grund zur Entlassung abgeben kann (ROHG. 21, S. 36), ebenso Widersetzlichkeit gegen den Aufsichtsrat, wenn z. B. der Vorstand sich weigert, dem Verlangen des Aufsichtsrates, einen Inspektor zu entlassen, nachzukommen (Bolze 5, Nr. 761). Das wird aber nur dann richtig sein, wenn der Vorstand nach den Statuten oder seinem Dienstvertrage verpflichtet ist, den Weisungen des Aufsichtsrates Folge zu leisten. Als Entlassungsgründe sind ferner erachtet worden: ungerechtfertigte Eigenmachung, Verheimlichung und falsche Buchführung in Bezug auf einen einer Firma gewährten Erlaß (Bolze 2, Nr. 1125); Annahme einer Gratifikation aus Anlaß einer Bestellung seitens der Gesellschaft, unbefugte Bereicherung auf Kosten der letzteren, Bestechlichkeit (ROHG. 13, S. 182); Vertrauensmißbrauch (ROHG. 21, S. 376); dauernde Krankheit (ROHG. 19, S. 61); unerlaubte Konkurrenz (vergl. unten § 16). Der Eintritt der Liquidation ist ohneweiters Auflösungsgrund. Der Vorstand hat nunmehr die Funktion des Liquidators, sein Dienstverhältnis geht zunächst weiter (RG. 24, S. 70).

Die Vorstandsmitglieder können nach österreichischem Rechte vom Dienstvertrage nicht grundlos zurücktreten. Geschah dies ohne Grund, so sind sie entschädigungspflichtig (vergl. § 13 zu Art. 62). Sie können auch auf Fortsetzung des Dienstverhältnisses verklagt werden (Zwang nach § 354 EO., da es sich um keine vertretbare Dienstleistung handelt). Geschah dies aber mit Grund, so sind sie zwar von jeder Verantwortlichkeit frei, können aber Entschädigung nur verlangen, wenn der den Rücktritt rechtfertigende Grund in einem von der Gesellschaft zu vertretenden Verschulden gelegen ist (vergl. § 11 zu Art. 62).

[6]) Auch lebenslängliche Anstellung ist zulässig, doch so, daß nur die Gesellschaft gebunden ist (Behrend § 124, Anm. 18.)

Digitized by Google

über den Umfang des Schadenersatzanspruches vergl. §§ 8 und 9 zu Art. 62. Als Grund zum Rücktritte ist es zu erachten, wenn die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat von den Vorstandsmitgliedern ungesetzliche Handlungen verlangt. Daß die ihnen übergeordneten Organe von ihnen Handlungen verlangen, die zwar gesetzlich, nach ihrer Ansicht aber der Gesellschaft nachteilig sind, ist kein gerechtfertigter Rücktrittsgrund. Solchen Anweisungen gegenüber sind sie durch ihre Pflicht, den Anweisungen Folge zu leisten, gedeckt. Grund zum Rücktritte aber ist es, wenn Generalversammlung oder Aufsichtsrat mehr von ihnen verlangen, als wozu sie nach dem Dienstvertrage verpflichtet sind, oder wenn ihnen der Aufsichtsrat die ihnen nach der Beschaffenheit des Verhältnisses gebührende Behandlung nicht zukommen läßt, wenn z. B. der Vorsitzende des Aufsichtsrates sich Grobheiten anmaßt.

§ 14. δ) **Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern des Vorstandes und der Aktiengesellschaft** sind der Kausalgerichtsbarkeit zugewiesen, gleichgültig ob die Gesellschaft oder ein Vorstandsmitglied als Kläger erscheint (§ 39, Z. 3 EinfG. zum HGB.; § 51 JN.; vergl. Horten, JN., S. 224). Ob Einzel- oder Kollegialgerichtsbarkeit stattfindet, darüber entscheidet der Wert des Streitgegenstandes.

§ 15. ε) Für den Konkurs ist § 23 der KO. maßgebend (vergl. § 21 zu Art. 62). Auch haben sie den Konkursvorzug des § 43, Z. 2, da die Worte „Lieb- und Arbeitslohn" in dieser Gesetzesstelle sich auf alle Gehaltsansprüche beziehen (vergl. GlU. 8634, 12.471).

ζ) Nach Beendigung des Verhältnisses hat das Vorstandsmitglied Rechnung zu legen über das in Verwaltung genommene Gesellschaftsvermögen und dasselbe herauszugeben, alsdann kann es erst seine Kaution zurückfordern (ROHG. 24, S. 365).

§ 16. **Zusatz 2. Ein Konkurrenzverbot**, wie es Art. 96 für die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft festsetzt, besteht nach dem Handelsgesetzbuche für die Vorstandsmitglieder nicht (Lehmann II., S. 253). § 35 A. Reg. verlangt jedoch die statutarische Aufstellung eines solchen Konkurrenzverbotes. Wird eine dem § 35 A. Reg. entsprechende Bestimmung in das Statut aufgenommen, so ergibt sich für das statutenmäßig ausgesprochene Konkurrenzverbot folgendes:

1. α) Das Verbot bezieht sich auf den Betrieb eines dem gesellschaftlichen Unternehmen gleichartigen Unternehmens; das Verbot geht also nicht soweit als das Verbot des Art. 96, wo bereits das „Geschäfte machen" im Handelszweige der Gesellschaft verboten ist (vergl. § 2 zu Art. 96).

β) Das Verbot bezieht sich auf die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter bei einem gleichartigen Unternehmen (vergl. § 1 zu Art. 96).

γ) Das Verbot bezieht sich auf die Annahme des Amtes eines Vorstandes, Aufsichtsrates[7]) oder Direktionsrates einer anderen gleichartigen Aktiengesellschaft wohl auch auf das Amt eines Geschäftsführers oder Aufsichtsrates einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (vergl. übrigens § 24 GmbHG.). Das Statut braucht dagegen die Übernahme eines anderen Amtes bei einer gleichartigen Aktiengesellschaft, z. B. des Amtes eines Rechnungsrevisors nicht zu verbieten.

[7]) Dadurch, daß auch die Übernahme der Mitgliedschaft im Aufsichtsrate bei einer andern gleichartigen Gesellschaft verboten sein muß, geht das Aktienregulativ über § 236, d. HGB., wo das gleiche Konkurrenzverbot gesetzlich ausgesprochen ist, hinaus.

Digitized by Google

2. Die Erteilung der Zustimmung zur Vornahme der vom Konkurrenzverbote betroffenen Handlungen muß im Statute einem bestimmten Gesellschaftsorgane vorbehalten sein. Daraus folgt, daß in Ansehung dieses im Statute aufzustellenden Konkurrenzverbotes die Vermutung des Art. 96 keine Anwendung findet; denn dieselbe setzt die Rechtswirksamkeit einer konkludenten Genehmigung voraus (vergl. Petersen und Pechmann, S. 259). Welches Organ die Zustimmung zu erteilen hat, kann das Statut nach Belieben festsetzen. Demnach könnte das Statut gestatten, daß der Vorstand selbst seinen Mitgliedern die in Rede stehende Zustimmung erteilen darf. Mit Recht bezeichnen Grünhut (Das Aktienregulativ) und Landauer (S. 60) eine solche Bestimmung als vollkommen zweckwidrig. Sie ist selbstverständlich dort ausgeschlossen, wo der Vorstand nur aus einem Mitgliede besteht.
3. Eine Sanktion für die Übertretung des statutenmäßigen Konkurrenzverbotes spricht das Aktienregulativ nicht aus, bezw. ordnet nicht die statutarische Festsetzung einer solchen Sanktion an (vergl. Grünhut, Das Aktienregulativ). Das Statut kann jedenfalls eine solche Sanktion aussprechen. Ohne besondere Bestimmung des Statutes ist eine analoge Anwendung des Art. 97 HGB. und § 24, Abs. 3 GmbHG. (Wahl zwischen Selbsteintritt und Schadenersatz) nicht zulässig (anscheinend dagegen Nothnagel, S. 146). Das Recht der Gesellschaft, Ersatz des durch die Übertretung des Konkurrenzverbotes verursachten Schadens zu verlangen, folgt allerdings schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, da Nichterfüllung einer vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit vorliegt. Jedoch ist die Präklusivfrist des Art. 97, § 24 GmbHG. nicht anwendbar; der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft unterliegt vielmehr lediglich der Verjährung des § 1489 ABGB. Auch wird die Übertretung des statutenmäßigen Konkurrenzverbotes wohl in der Regel als ein gerechter Grund zur unverzüglichen Auflösung des Dienstverhältnisses mit dem kontravenierenden Vorstandsmitgliede angesehen werden müssen (vergl. oben § 3 und § 24, Abs. 3 GmbHG.).

Artikel 228.

Die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes müssen alsbald nach ihrer Bestellung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Der Anmeldung ist ihre Legitimation beizufügen.

Sie haben ihre Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

Das Handelsgericht hat die Mitglieder des Vorstandes zur Befolgung dieser Vorschriften von Amts wegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Der Artikel schreibt die Anmeldung der Vorstandsmitglieder zur Eintragung in das Register und die Zeichnung ihrer Unterschrift vor dem Handelsgerichte vor und setzt die Art der Erzwingung dieser Vorschrift fest.

1. **Die Anmeldung.**

a) Die Vorschrift der Anmeldung der Vorstandsmitglieder bezieht sich nicht bloß, wie Hergenhahn, Anm. 1 und Förtsch, Anm. 2 meinen, auf die späteren Vorstandsmitglieder, sondern auch auf den ersten Vorstand. Schon der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages sind die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes beizufügen, weil der Registerrichter sich hievon überzeugen muß, ehe er die Ein- **§ 1.**

Digitized by Google

tragung des Gesellschaftsvertrages vornimmt. Auf Grund jener Anmeldung erfolgt aber keine Eintragung der Vorstandsmitglieder. Um diese zu bewirken, muß eine besondere Anmeldung erfolgen, und diese ist im vorliegenden Artikel angeordnet (zust. Ring, Anm. 1). Die Wiederwahl eines Vorstandsmitgliedes aber ist nicht einzutragen. Der Vorstand gilt nach außen solange bestellt, als er eingetragen ist. Die Anmeldung hat bei dem Handelsregister der Hauptniederlassung und dem der Zweigniederlassung zu erfolgen (AdlCl. 1336; vergl. § 4 zu Art. 212).

§ 2. b) Durch wen die Anmeldung erfolgt, ist nicht gesagt. Als allgemeiner Geschäftsführer und gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft besorgt der Vorstand die Anmeldung. Er meldet sich also selbst an. Dabei ist nicht notwendig eine Mitwirkung sämtlicher Vorstandsmitglieder erforderlich wie das OLG. Dresden in GZ. 35, S. 246), und Behrend (§ 124, Anm. 28) annehmen. Vielmehr übt der Vorstand diese Tätigkeit so aus, wie jede andere nach Art. 229 (zustimmend Lehmann-Ring I., S. 469).

§ 3. c) Der Anmeldung ist beizufügen die Legitimation, das heißt der Akt, durch welchen die Bestellung erfolgt ist; der betreffende Generalversammlungs- oder Aufsichtsratsbeschluß, und zwar entweder in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift (AdlCl. 1515; vergl. § 22 der MV. vom 9. März 1863, RGBl. Nr. 27). Es genügt, wenn aus dem Sitzungsprotokolle der Generalversammlung ein den Beschluß auf Bestellung der Vorstandsmitglieder enthaltender Auszug beigebracht wird (AdlCl. 1534).[1])

§ 4. d) Beschränkungen dürfen nicht eingetragen werden. Der Vorstand ist unbeschränkter Vertreter der Gesellschaft. Beschränkungen nach Zeit oder nach Wirkungskreisen sind ungültig und von der Eintragung auszuschließen. Daraus folgt, daß für eine Zweigniederlassung kein besonderer Vorstand eingetragen werden darf. Es gibt nur einen Vorstand der Gesellschaft. Ob ein Vorstandsmitglied dazu verwendet wird, die Zweigniederlassung zu leiten, ist Sache interner Geschäftsführung. Die entgegengesetzte Meinung des Landgerichtes Frankfurt (GZ. 37, S. 526), welcher auch Kayser, Anm. 3 folgt, ist mit dem Gesetze nicht vereinbar (übereinstimmend Kammergericht bei Johow 12, S. 34).

§ 5. 2. (Abs. 2.) **Die Zeichnung der Unterschrift** ist vorgeschrieben, das heißt die Zeichnung des persönlichen Namens, nicht der Firma (vergl. Art. 229, Abs. 2; Ring, Anm. 2).

§ 6. 3. (Abs. 3.) **Zur Erzwingung der Vorschriften** dienen Ordnungsstrafen (vergl. § 1 c zu Art. 26).

§ 7. **Zusatz 1. über die Wirkung der Eintragung** verhält sich ein Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichtes dahin, daß dieselbe Dritten gegenüber die Legitimation derart herstellt, daß der Dritte der Eintragung gegenüber nicht etwa die Ungültigkeit der Wahl behaupten kann. Solange der Vorstand eingetragen ist, ist er auch legitimiert (ROHG. 20, S. 208), (nicht auch gegenüber den Aktionären, Ring, Anm. 1; vergl. auch bei uns § 2 zu Art. 116). Die Eintragung hat andrerseits nicht die Wirkung, daß von ihr die Rechtsgültig-

[1]) Hervorgehoben wurde in diesem Erkenntnisse, daß nicht der Beschluß selbst auf die im Art. 214 bezw. § 87, NotO., vorgeschriebene Weise beurkundet sein muß.

Digitized by Google

keit der Bestellung abhängt. Von der Bestellung ab ist der Vorstand legitimiert, auch nach außen. Nur die Offenkundigkeit und deren Folgen datieren von der Eintragung und Publikation (RG. 9, S. 91; AdlCl. 2397). Das Gleiche gilt von der Abberufung und ihrer Wirkung (vergl. § 4 zu Art. 233).

Zusatz 2. Die Publikation der Eintragung erfolgt auf Grund der allgemeinen Vorschrift des Art. 13; beim ersten Vorstande ist die Anwendung des Art. 13 überflüssig, da die Publikation schon auf Grund des Art. 210, Abs. 2 erfolgt. § 8.

Artikel 229.

Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärungen kundzugeben und für die Gesellschaft zu zeichnen. Ist nichts darüber bestimmt, so ist die Zeichnung durch sämtliche Mitglieder des Vorstandes erforderlich.

Die Zeichnung geschieht in der Weise, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Unterschrift hinzufügen.

Der Artikel verhält sich über die Art, wie der Vorstand seine Willenserklärungen kundzugeben und wie er für die Gesellschaft zu zeichnen hat.

1. **Die rechtliche Bedeutung der gegebenen Vorschriften.** § 1.

a) Die Vorschriften beziehen sich auf das Verhältnis nach außen: wie die Gesellschaft nach außen verpflichtende Willenserklärungen abzugeben hat, nicht auf den Verkehr nach innen: wie der Vorstand seine Geschäftsführungspflichten im Innern ausübt (Renaud, S. 490, 491). Daher ist z. B. bei den für die Aktionäre bestimmten Bekanntmachungen, Einladungen zu Generalversammlungen usw. die Beifügung einer Unterschrift nicht geboten, wenn nicht das Statut auch für solche Erklärungen etwas Besonderes bestimmt. In statutarischen Bestimmungen, welche für Willenserklärungen der Gesellschaften eine bestimmte Form vorschreiben, liegt aber eine besondere, auf die nach innen bestimmten Kundgebungen gerichtete Vorschrift nicht. Übrigens sind auch etwaige nach innen geltende statutarischen Vorschriften dieser Art nur Ordnungsvorschriften, nicht Solennitätsvorschriften. Auch für sie gilt das im § 2 Gesagte analog (vergl. RG. 34, S. 113).

b) Allein, wenn die Vorschrift sich auch auf den Verkehr nach außen bezieht, so ist sie doch nicht in dem Sinne aufgestellt, als wenn der Gesellschaftsvertrag mit bindender Wirkung nach außen bestimmen könnte, in welcher Form der Vorstand seine Willenserklärungen kundzugeben und in welcher Form die Vorstandsmitglieder zu zeichnen haben. Solche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages würden gesetzwidrig und unwirksam sein. Würde z. B. der Gesellschaftsvertrag anordnen, daß der Vorstand nur in schriftlicher Form die Gesellschaft verpflichten könne, so verstieße dies einmal gegen die Formvorschrift des Art. 317 (Niemand kann im voraus rechtswirksam erklären, daß seine Willenserklärungen nur in bestimmter Form gelten sollen), und es enthielte dies zweitens eine dem Dritten gegenüber unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugnis (ROHG. 16, § 2.

Digitized by Google

S. 34; RG. in Blums Annalen 2, S. 9). Unwirksam ist es ferner, wenn der Gesellschaftsvertrag auch nur anordnet, daß die schriftliche Willenserklärung des Vorstandes eine bestimmte Form haben müsse, um rechtsverbindlich zu sein (ROHG. 18, S. 341). Ja selbst eine Bestimmung, daß Willenserklärungen, welche nach dem Gesetze nur in schriftlicher Form gültig sind, in bestimmter Form gezeichnet werden müssen, würde gegen Art. 231 verstoßen.

Die Vorschrift dieses Artikels hat vielmehr lediglich die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift, zu deren Befolgung der Vorstand allerdings verpflichtet ist, um seinen Pflichten der Gesellschaft gegenüber zu genügen, von deren Beachtung aber nicht die Rechtsgültigkeit der Erklärungen abhängt (ROHG. 18, S. 340).

Nur diese Bedeutung hat die in ihrer kategorischen Form anscheinend auf eine größere Tragweite hindeutende Vorschrift: „Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärung kundzugeben."

Und die gleiche, bloß instruktionelle Bedeutung haben die beiden anderen Vorschriften dieses Artikels: daß, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Zeichnung durch alle Mitglieder und durch Fertigung der Unterschrift neben Firma oder Vorstandsbenennung zu erfolgen hat. Auch diese beiden Vorschriften haben nicht die Bedeutung, daß der Vorstand rechtsgültig nur in dieser Weise seine schriftlichen Erklärungen abgeben könne, wie Art. 317 und 320 klar ergeben (Ring, Anm. 5; Behrend, § 125, Anm. 7; Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 171).

§ 3. c) Hat hienach der Inhalt des Artikels nicht diejenige Bedeutung, die ihm auf den ersten Blick innezuwohnen scheint, und ist die wahre Bedeutung seines unmittelbaren Inhaltes eine sehr geringe, so hat sich bei der Anwendung und Auslegung des Gesetzes ergeben, daß dem vorstehenden Artikel eine andere erhebliche Bedeutung zukommt infolge der Schlüsse, die für die Vertretungsbefugnis des Vorstandes überhaupt aus ihm zu ziehen sind.

Es wird nämlich die Vorschrift, daß mangels statutarischer Bestimmung die Zeichnung durch sämtliche Vorstandsmitglieder erfolgen müsse, auf das Vertretungsverhältnis des Vorstandes überhaupt angewendet. Es wird angenommen, daß nach dem Willen des Gesetzes ein mehrgliederiger Vorstand derart die Gesellschaft überhaupt vertreten kann, daß jeder einzelne befugt ist, die Gesellschaft zu vertreten, daß aber auch Kollektivvertretungen bestehen können, und zwar eine Kollektivität aller Mitglieder des Vorstandes, oder so, daß einzelne nur kollektiv, andere auch allein die Vertretungsbefugnis haben; und es wird endlich aus jener Vorschrift gefolgert, daß, wenn nichts Entgegenstehendes statutarisch angeordnet ist, allen gemeinsam die Vertretungsbefugnis zusteht, mit anderen Worten, daß die Kollektivvertretung präsumiert wird (vergl. Näheres §§ 7 ff.).

§ 4. 2. **Praktische Einzelfragen** knüpfen sich an den Inhalt des Artikels selbst naturgemäß wenig, weil seine Bedeutung, wie oben (§ 2) erörtert, eine

Digitized by Google

geringe ist, desto erheblicher knüpfen sie sich an die sehr erheblichen Schlußfolgerungen, die aus dem Inhalte des Artikels gezogen werden für den Fall des mehrgliederigen Vorstandes (§§ 7 ff.).

a) Hinsichtlich des Artikels selbst. § 5.

α) Zu Abs. 1 ist fraglich geworden, ob auch dem Aufsichtsrate überlassen werden könne, dem Vorstand die Form seiner Willenserklärungen vorzuschreiben. Es ist dies zu verneinen, weil Abs. 1 klar vorschreibt, daß der Gesellschaftsvertrag diese Form bestimmen müsse, und ferner vorschreibt, was gelten soll, wenn der Gesellschaftsvertrag die Form nicht bestimmt. Eine statutarische Delegation an den Aufsichtsrat wäre in dieser Beziehung ungültig (OLG. München in GZ. 35, S. 246; Behrend, § 125, Anm. 11; anders Kammergericht bei Johow 10, S. 34; Ring, Anm. 1). Anweisungen des Aufsichtsrates nach dieser Richtung wären hienach unbeachtlich und der Vorstand würde nicht, wie Petersen und Pechmann (S. 486) annehmen, verpflichtet sein, solchen Anweisungen Folge zu leisten (überall zust. Hergenhahn in Kohler und Rings Archiv Bd. 8, S. 56).

β) Zur Erfüllung der Ordnungsvorschrift der Abs. 2 ist es für genügend gehalten worden, wenn die Firma vorgedruckt, ja auch schon, daß die Firma oben auf den Briefbogen gedruckt ist (ROHG. 14 S. 317). Auch faksimilierte Unterschriften, wenn sie auf einer Verfügung des Vorstandes beruhen, sind zulässig, soweit die Verkehrssitte dies gestattet (RG. 14, S. 94). Wenn bei Formalakten, wie Wechselunterschriften, die strikte Befolgung der Vorschrift des Abs. 2 nötig wird, so folgt dies nicht aus dem vorstehenden Artikel, sondern aus der Bestimmung und dem Wesen des Wechselrechtes (ROHG. 12, S. 172 ff.; 14, S. 174, 201; 16, S. 209). § 6.

b) Erheblicher sind die Fragen, welche sich an die Übertragung des Artikels auf die Vertretungsbefugnis überhaupt knüpfen. § 7.

α) Es ist schon betont worden (§ 3), daß durch Schlußfolgerungen aus dem Abs. 1 der Rechtssatz hergeleitet wird, das Gesetz ordne das Zusammenwirken der sämtlichen Mitglieder des Vorstandes für dessen Auftreten nach außen überhaupt an, jedoch nur in dispositiver Weise, so daß es dem Gesellschaftsvertrage überlassen bleibt, die Vertretungsbefugnis anders zu ordnen, sei es so, daß immer eine bestimmte Anzahl zusammenwirken muß, oder auch so, daß einzelne selbständig auftreten können, andere in Gemeinschaft mit anderen (Behrend, § 125, Anm. 8; Ring, Anm. 2 mit weiteren Zitaten).

β) Es ist ferner mit Recht angenommen worden, daß eine Bestimmung der Statuten über die Art der Zusammenwirkung mehrerer Vorstandsmitglieder bei der Zeichnung wegen der vorwiegenden Bedeutung, welche die Zeichnung für die Vertretung hat, dahin gedeutet werden muß, daß das Zusammenwirken bei der Vertretung überhaupt in der so angeordneten Weise erfolgen soll (ROHG. 3, S. 183; 16, S. 35; RG. 24, S. 27; Johow 15, S. 98). Von Bedeutung wird dies natürlich nur dann sein, wenn das Statut Erleichterungen gegen die Kollektivität in dieser Weise anordnet. Denn wenn es die Kollektiv- § 8.

Digitized by Google

zeichnung aller Vorstandsmitglieder anordnet, so wiederholt es nur das, was ohne diese statutarische Anordnung schon von Gesetzes wegen gilt. Aber wenn das Statut bestimmt, schon einer von mehreren Vorstandsmitgliedern sei zur Zeichnung berechtigt, so gilt dies für jede Art von Vertretung, insbesondere auch für den mündlichen Geschäftsverkehr (vergl. Bolze 16, Nr. 235).

§ 9. γ) Über die Art, wie mehrere Vorstandsmitglieder zusammenwirken müssen, damit ihre Handlungen die Gesellschaft verbinden, gilt das, was für das Zusammenwirken mehrerer Kollektivprokuristen gilt. Es ist daher das im § 6 zu Art. 41 Gesagte zu vergleichen (vergl. hiezu auch RG. im ZBl. 1901, Nr. 264, 308; OLG. Hamburg bei Seuff Arch. 58, Nr. 176).

Hinzuzufügen ist:

1. Ob Mitwirkung oder sonstige Zustimmung (Handlungsvollmacht, bezw. Ratihabition) vorliegt, kann im Einzelfalle wichtig werden. So z. B. wenn das Statut einer Aktiengesellschaft nur Vertretung durch gesetzliche Vertreter in der Generalversammlung zuläßt. Alsdann kann das Stimmrecht nur durch die gemeinsam erscheinenden kollektivberechtigten Vorstandsmitglieder wirksam ausgeübt werden (vergl. § 4 zu Art. 224).
2. Unbegründet ist der Standpunkt des OLG. Hamburg (in GZ. 35, S. 246), wonach es für den mündlichen Verkehr zur Obligierung der Gesellschaft genügen soll, „wenn das Vorstandsmitglied unter solchen Umständen redend auftritt, die den Dritten zu der Annahme berechtigen, daß aus seinem Munde der Vorstand spricht". War vielmehr in solchem Falle das Vorstandsmitglied nicht beauftragt, so hat es seine Vollmacht überschritten und verpflichtet die Gesellschaft nicht, sondern sich selbst nach Art. 55 (vergl. § 7 zu Art. 230).

Im übrigen gilt, wie gesagt, das im § 6 zu Art. 41 Gesagte, auch die dortigen Bemerkungen zu e, f und g.

Über den Rechtserwerb durch ein allein handelndes Kollektivvorstandsmitglied siehe Art. 41, § 6 h.

Artikel 230.

Die Gesellschaft wird durch die von dem Vorstande in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

Einleitung. **Die Rechtswirkungen der vom Vorstande geschlossenen Rechtsgeschäfte werden hier abgehandelt**, und zwar in folgender Weise: Es wird bestimmt, daß durch diese Rechtsgeschäfte die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet wird (erster Satz), und es wird dabei dem ausdrücklichen Kontrahieren im Namen der Gesellschaft die Konkludenz der Umstände gleichgestellt (zweiter Satz).

Der vorliegende Artikel, dessen Inhalt den Charakter des vorigen Artikels als bloßer Ordnungsvorschrift in das hellste Licht setzt (ROHG. 18, S. 340), korrespondiert mit der Bestimmung des Art. 52, in welchem die Rechtswirkungen der von dem Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten geschlossenen Rechts-

Digitized by Google

geschäfte für den Prinzipal normiert werden. Es empfiehlt sich, diese Korrespondenz der beiden Bestimmungen bei der Erläuterung des vorliegenden Artikels im Auge zu behalten. Die dabei hervorzuhebenden Unterschiede tragen zur Klärung bei. Die Unterschiede ergeben sich aus der prinzipiellen Verschiedenheit in der Stellung beider Arten von Vertretern; zwar darin kommen sich beide Arten gleich, daß sie beide gewählte Vertreter sind, aber verschieden sind sie darin, daß der Vorstand gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, also dasjenige Organ ist, durch welches die Aktiengesellschaft im allgemeinen überhaupt nur im Rechtsleben auftreten kann. Dies hat der Vorstand mit dem vertretungsbefugten offenen Gesellschafter gemeinsam.

1. (Erster Satz.) **Durch die vom Vorstande in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte wird die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet.** § 1.

a) **Vorausgesetzt ist zunächst, daß der Vorstand gehandelt hat.** Die entsprechende Voraussetzung im Art. 52 geht nicht bloß dahin, daß der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte gehandelt hat, sondern daß er gemäß seiner Vollmacht gehandelt hat. Das Gesetz hat diese Hervorhebung hier nicht gemacht, weil der Vorstand gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist und als solcher unbeschränkt bevollmächtigt erscheint. Immerhin wäre die Hervorhebung nicht gegenstandslos. Denn in Wahrheit ist auch die Vollmacht des Vorstandes nicht schrankenlos. Es gibt Rechtsakte, zu denen auch der Vorstand nicht befugt ist (vergl. Art. 222, Z. 2).

Das der Vorstand gehandelt haben muß, bedeutet bei einem mehrgliedrigen Vorstande, daß so viele Mitglieder und derart bei der Rechtshandlung mitgewirkt haben müssen, wie dies erforderlich ist, um die Gesellschaft zu verpflichten und für sie Rechte zu erwerben (vergl. hierüber § 1 zu Art. 229).

b) **Vorausgesetzt ist ferner ein Handeln im Namen der Gesellschaft.** Diese Voraussetzung deckt sich mit der gleichen in Art. 52. Die dort gegebene Erläuterung gilt auch hier. Insbesondere ist vorliegend hervorzuheben, daß im praktischen Rechtsverkehr auch die Vorstände der Aktiengesellschaften bei den Verhandlungen im Namen der Gesellschaft sich mit dieser identifizieren und sich als von ihrer eigenen Person redend einführen. Redewendungen, wie „ich verspreche Ihnen", „ich garantiere Ihnen", „ich zahle die Pacht", „ich rate Ihnen" schließen ein Handeln im Namen der Gesellschaft nicht aus (ROHG. 17, S. 98; 18, S. 296). § 2.

Hinzuzufügen ist, daß der Vorstand auch selbst ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft schließen kann, z. B. ihr ein Darlehen gewähren oder an sie ein Grundstück verkaufen kann (vergl. RG. 6, S. 13, 7, S. 120 im Gegensatz zu ROHG. 8, S. 392). Die Gesellschaft braucht zu solchen Rechtsakten keinen curator ad actum. Näheres § 12 zu Art. 52 (vergl. § 35, Abs. 2 A. Reg.). Will aber der Vorstand die Gesellschaft verklagen, so kann er sich nicht selbst zustellen, vielmehr ist dazu, wenn die übrigen Vorstandsmitglieder nicht ausreichen, um die Gesellschaft zu vertreten, die Bestellung eines Kurators nach § 8 ZPO. notwendig (RG. 7, S. 405).

c) **Die Wirkungen des Geschäftes treffen alsdann die Gesellschaft.** § 3.

a) Sie treffen die Gesellschaft. Dieselbe wird berechtigt und verpflichtet und kann dabei einerseits die Mängel der Willenserklärung aus der Person der handelnden Vorstandsmitglieder für sich geltend machen, muß aber andrerseits Betrug, Zwang, Irrtum, verübt von

Digitized by Google

ihren gesetzlichen Vertretern, mit einem Worte, jede Verschuldung bei Eingehung oder Ausführung von Rechtsgeschäften gegen sich gelten lassen (vergl. hierüber §§ 3 und 7 zu Art. 52 und ferner RG. 8, S. 236).

§ 4. β) Sie treffen nur die Gesellschaft. Also zunächst nicht die Vorstandsmitglieder selbst. Dies ist hinsichtlich der Handlungsbevollmächtigten im Art. 52 ausdrücklich hervorgehoben. Hinsichtlich der Vorstandsmitglieder ist es ebenfalls hervorgehoben, jedoch nicht in diesem Artikel, sondern in Art. 241 (vergl. die Erläuterung dazu. Die Wirkungen des Geschäftes treffen ferner nicht die Aktionäre. Diese werden direkt weder berechtigt noch verpflichtet und haften daher insbesondere in keiner Weise den Gläubigern direkt für die Schulden der Gesellschaft, auch dann und insoweit nicht, als sie mit Einlagen im Rückstande sind (ROHG. 22, S. 344; Renaud, Aktiengesellschaften, S. 503; Wiener in GZ. 24, S. 463).

§ 5. 2. (Zweiter Satz.) **Dem ausdrücklichen Kontrahieren im Namen der Gesellschaft wird die Konkludenz der Umstände gleichgestellt.** Dieser Satz entspricht vollständig dem zweiten Absatz im Art. 52. Die dort gegebene Erklärung gilt hier voll und ganz.

§ 6. **Zusatz 1. Haftung für außerkontraktliche Schäden, insbesondere für Delikte des Vorstandes.** Bei der Beratung des Handelsgesetzbuches war folgende Bestimmung aufgenommen worden: „Die Gesellschaft haftet für den Schaden, welchen der Vorstand in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt." Diese Bestimmung ist aber wieder gestrichen worden (P. 1057, 1063, 4544). Aus dieser Vorgeschichte folgt indessen nicht, daß die Gesellschaft für Delikte des Vorstandes nicht haftet. Sondern es folgt daraus lediglich, daß das Handelsgesetzbuch eine ausdrückliche positive Bestimmung nach dieser Richtung nicht enthält. Es ist aber nicht ausgeschlossen und selbständig zu prüfen, ob sich nicht aus der rechtlichen Stellung, welche das Handelsgesetzbuch dem Vorstande der Aktiengesellschaft verleiht, in Verbindung mit dem Rechtscharakter, welcher der Aktiengesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche zukommt, jene Haftung ergibt. Hier wird die in der Einleitung hervorgehobene Verschiedenheit des Vorstandes vom Prokuristen von Bedeutung. Der Vorstand ist gesetzlicher Vertreter, was der Prokurist nicht ist. Es ist aber schon im § 10 zu Art. 52 darauf hingewiesen worden, daß die neuere Rechtsprechung und Wissenschaft eine ganz allgemeine Haftung der juristischen Personen für die von ihren gesetzlichen Vertretern bei Ausübung ihrer Funktionen angerichteten Schäden annehmen, als Gebot der Gerechtigkeit und juristischen Konsequenz aus der Stellung der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen, während eine gleiche Haftung für die Delikte der gewählten Vertreter abgelehnt wird (§ 9 zu Art. 52). Da nun die Aktiengesellschaft als juristische Person zu betrachten ist (vergl. § 1 zu Art. 207), so folgt daraus, daß jener allgemeine Grundsatz hier Platz greift (vergl. Behrend, § 125, Anm. 17).

Hienach haftet die Aktiengesellschaft nicht bloß für jeden Schaden, den ihr Vorstand beim Kontraktschluß oder bei Ausführung des Kontraktes verübt (vergl. oben § 3). Sie haftet vielmehr auch für Delikte, und zwar für diese nicht nur insoweit, als die Gesellschaft bereichert ist (RG. 18, S. 120), sondern ganz allgemein für die Folgen des Delikts in ihrem vollen Umfange. Zu vergleichen ist hierüber § 10 zu Art. 52; ferner speziell für Aktiengesellschaften Renaud, S. 537; Bolze 10, Nr. 541; RG. 22, S. 259; GlUNF. 2486.

Digitized by Google

Nur eine Konsequenz des Gesagten ist es, daß auch Besitzstörungen, die der Vorstand in Ausübung seiner Funktionen ausübt, die Gesellschaft verantwortlich machen (Str. Arch. 89, S. 371; RG. 15, S. 182; Ring, S. 298) und daß die Gesellschaft für fehlerhafte Ratserteilung ihres Vorstandsmitgliedes gegenüber einem Geschäftsfreunde haftet; vergl. hierüber § 17 zu Art. 281.

Alles das betrifft aber nur die zivilrechtliche Haftung. **Strafrechtlich verantwortlich ist die Gesellschaft ihrem Wesen nach nicht.** Auch zu Geldstrafen kann sie nicht verurteilt werden (ROHG. 8, S. 204; 13, S. 290; 21, S. 360; RG. in Strafsachen 5, S. 182; Ring, S. 297). In den Fällen aber, in denen durch besondere Bestimmungen dem Prinzipal für Strafen, die seine Gehilfen und Vertreter verwirkt haben, eine Haftung auferlegt ist, trifft diese Haftung auch die Aktiengesellschaften (vergl. § 5 PreßG., § 266 PersStG., auch §§ 133, 134 GesStG.).

Der Vorstand selbst haftet übrigens aus seinen Delikten auch zivilrechtlich, auch wenn er sie für die Gesellschaft begangen hat (vergl. hierüber § 11 zu Art. 52), und zwar solidarisch neben der Gesellschaft (RG. 30, S. 44). Nicht aber haftet er dem Dritten für seine culpa in contrahendo, es sei denn, daß diese sich als eine dem Dritten gegenüber begangene unerlaubte Handlung darstellt (RG. 30, S. 50).

Zusatz 2. Wer sich fälschlich als Vorstandsmitglied ausgibt, haftet persönlich nach Analogie des Art. 55 (vergl. § 9 zu Art. 55), desgleichen wer seine Befugnisse überschreitet, z. B. nur kollektivberechtigt ist und (ohne Auftrag) allein handelt (vergl. hierüber Näheres § 1 zu Art. 241). **§ 7.**

Artikel 231.

Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche in dem Gesellschaftsvertrage oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

Gegen dritte Personen hat jedoch eine Beschränkung der Befugnis des Vorstandes, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß die Zustimmung der Generalversammlung, eines Verwaltungsrates, eines Aufsichtsrates oder eines andern Organs der Aktionäre für einzelne Geschäfte erfordert ist.

Der Artikel handelt von den Beschränkungen in den Befugnissen des Vorstandes. Die Frage nach der Möglichkeit und Gültigkeit von Beschränkungen ist von Grund aus verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um das Verhältnis des Vorstandes nach innen, die Geschäftsführung, oder nach außen, die Vertretung, handelt. Von der ersteren Seite wird die Materie in Abs. 1, von der zweiten in Abs. 2 betrachtet. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Beschränkungen in dem Verhältnisse des Vorstandes nach innen, in der Geschäftsführungsbefugnis.** In seinem inneren Verhältnisse zur Gesellschaft ist der Vorstand eines der geschäftsführenden Organe derselben. **§ 1.**

Digitized by Google

Das oberste geschäftsführende Organ ist die Generalversammlung, ein zweites der Aufsichtsrat, das dritte der Vorstand. Dieser ist die ständige geschäftsführende Behörde. In welcher Weise die Geschäftsführung ausgeübt wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Insbesondere fehlt hier für denjenigen Fall eine Vorschrift, daß mehrere Mitglieder Kollektivvertretung haben. Als Grundsatz muß hier gelten, daß die Geschäftsführungsbefugnis mit der Vertretungsbefugnis Hand in Hand geht; wer das Recht hat, die Gesellschaft allein zu vertreten, hat auch alleinige Geschäftsführungsbefugnis; kollektiv vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder sind auch zur Geschäftsführung nur kollektiv befugt (vergl. § 2 zu Art. 227).

Außerdem aber bestimmt das Gesetz, daß die Vorstandsmitglieder gewisse Beschränkungen zu beobachten haben. Sie haben, wie dieser Artikel hervorhebt, diejenigen Beschränkungen innezuhalten, welche der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung für den Umfang seiner Befugnis, „die Gesellschaft zu vertreten", richtiger die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, festgesetzt hat. Diese Gesetzesworte reichen weiter, als sich auf den ersten Blick erkennen läßt. Denn unter den Beschränkungen, welche der Gesellschaftsvertrag festsetzt, sind nicht bloß die unmittelbar von ihm hervorgehobenen zu verstehen. Vielmehr kann diese Festsetzung auch darin bestehen, daß das Statut den Vorstand in Bezug auf bestimmte Geschäfte oder gar auch generell den Weisungen des Aufsichtsrates unterordnet (§ 1 zu Art. 227). Und dasselbe vermag auch die Generalversammlung (Ring, Anm. 2). Zu den Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages gehören ferner auch diejenigen, die sich aus der Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens ergeben. Die Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens ist die vornehmste Beschränkung dieser Art, sie ist nicht etwa eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes (unten § 3). Danach beantwortet sich die Frage, ob der Vorstand Grundstücke kaufen oder verkaufen, Darlehen aufnehmen, Interzessionen und Schenkungen vornehmen, im Prozesse Vergleiche schließen, Schiedsverträge eingehen kann. Zu allen solchen Handlungen ist der Vorstand auch nach innen für befugt zu erachten, soweit nicht eine statutarische Beschränkung oder der statutarisch festgesetzte Gegenstand des Unternehmens das ausschließt.

Ferner aber ist zu erwähnen, daß der Vorstand nicht bloß diejenigen Beschränkungen einhalten muß, die der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung ausdrücklich oder implicite aufstellen, sondern auch diejenigen Beschränkungen, die in seinem Dienstvertrage ihm auferlegt sind. Diese sind im vorliegenden Artikel nicht erwähnt.

Endlich aber ist zu erwähnen, daß auch das Gesetz selbst dem Vorstande Beschränkungen seiner Geschäftsführungsbefugnis auferlegt. Eine solche ist enthalten in der Vorschrift des Art. 237, Abs. 1, wonach er die Generalversammlung immer zu berufen hat, wenn das Gesellschaftsinteresse dies erfordert. Schließt er also ein Rechtsgeschäft selbständig ab, während das Gesellschaftsinteresse es erfordert hätte, vorher die Generalversammlung zu befragen, so überschreitet er seine Geschäftsführungsbefugnis und wird für den etwaigen Schaden verantwortlich, wenn — diese Einschränkung macht das RG. zutreffend — er das Rechtsgeschäft vornimmt in dem Bewußtsein, daß die Generalversammlung es ablehnen würde (RG. 35, S. 87).

Wie die Verhältnisse sich gestalten, wenn die Generalversammlung oder andere dem Vorstande vorgesetzte Gesellschaftsorgane von diesem Un-

Digitized by Google

gesetzliches oder Statutenwidriges verlangen, darüber vergl. § 31 zu Art. 224 und § 10 zu Art. 241.

2. (Abs. 2.) **Beschränkungen im Verhältnisse nach außen, der Vertretung,** haben Dritten gegenüber keine Wirkung. Das Vertretungsverhältnis des Vorstandes kommt wenn es auch, wie beim Prokuristen, auf Wahl und Bestellung beruht, dennoch seiner Natur nach dem Vertretungsverhältnis des offenen Gesellschafters gleich. Wie dieser ist er gesetzlicher Vertreter. Das wirkt auch auf den Umfang der Vertretungsbefugnis zurück. **§ 2.**

a) Der Vorstand ist nach außen zu allen Rechtshandlungen berechtigt, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen macht (vergl. Art. 222, Z. 2). Es macht keinen Unterschied, ob die Handlung zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes oder eines gewerblichen Unternehmens überhaupt gehört oder nicht. Die Gesellschaft tritt durch ihren Vorstand im Rechtsverkehre auf. Soweit das Aktionsgebiet der Gesellschaft reicht, reicht auch das des Vorstandes. Die Grenzen jenes Gebietes sind auch die Grenzen der Vertretungsbefugnis des Vorstandes (Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 607 ff.; Holdheim in seiner Wochenschrift 3, S. 203; Lehmann II., S. 326). Das Aktionsgebiet der Gesellschaft wiederum ergreift das gesamte Gebiet des privaten Vermögensrechtes und wird nicht etwa durch den statutarischen Gegenstand des Unternehmens begrenzt. Der letztere ist vielmehr lediglich eine Schranke der Geschäftsführungsbefugnis im Sinne des Abs. 2 des vorliegenden Artikels (vergl. oben § 1; ferner § 7 a zu Art. 213) und der gewerblichen Rechtsfähigkeit der Gesellschaft (vergl. § 19 zu Art. 208). Wo sonst Spezialvollmacht erforderlich ist, wird sie hier durch die allgemeine Vertretungsbefugnis ersetzt. Handelt es sich um Stellvertreter des Vorstandes, so ist die Vertretungsbefugnis nicht davon abhängig, daß der Vertretungsfall auch wirklich vorlag (RG. 24, S. 82). **§ 3.**

b) Irgendwelche Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, sie mögen von der Generalversammlung beschlossen oder schon im Statute vorgesehen oder gar — unzulässigerweise — eingetragen sein, sind dem Dritten gegenüber wirkungslos. Einzelne Arten nach außen wirkungsloser Beschränkungen hebt der zweite Satz des Abs. 2 hervor. Weitere Beispiele sind: die Vorschrift, daß alle die Gesellschaft verpflichtenden Urkunden von einer nicht zum Vorstande gehörigen Person, also z. B. von einem Mitgliede des Verwaltungsrates, gezeichnet sein müssen (ROHG. 6, S. 133); daß der Vorstand Vollmachten nur schriftlich erteilen (ROHG. 12, S. 34); oder nur zusammen mit einem Prokuristen zeichnen (vergl. § 4 zu Art. 43); oder Bevollmächtigte und Beamte nicht oder nur in gewissem Umfange bestellen dürfe (RG. 22, S. 70); oder die Vorschrift, daß er nur eine Zweigniederlassung zu vertreten habe (vergl. § 4 zu Art. 228). Die von Petersen und Pechmann (S. 438) ventilierte Frage, ob einem Vorstande auch aufgegeben werden kann, nur eine von mehreren Firmen zu zeichnen, ist gegenstandslos, da die Aktiengesellschaft nur eine Firma haben kann (vergl. § 8 zu Art. 22). **§ 4.**

Statutarische Beschränkungen sind aus diesen Gründen in das Register nicht einzutragen. Soweit sie die Geschäftsführung betreffen, interessieren sie das Publikum nicht (GZ. 11, S. 579), soweit die Vertretungsbefugnis damit beschränkt sein soll oder wenigstens ein solcher Anschein erweckt werden könnte, sind sie unwirksam und schon deshalb von der Eintragung auszuschließen (Kammergericht bei Johow

Digitized by Google

und Küntzel 3, S. 13). Eingetragen wird allerdings der Gesellschaftsvertrag, auch wenn er solche Beschränkungen enthält; aber bei der Eintragung des Vorstandes dürfen Beschränkungen nicht vermerkt werden. Dagegen ist auch die Eintragung der Amtsdauer ohne rechtliche Bedeutung, auch nach Ablauf dieser eingetragenen Zeit ist der Vorstand Dritten gegenüber gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (Holdheim in seiner Wochenschrift 3, S. 201 ff.).

§ 5. c) Beschränkungen haben keine Wirkung. Die Gesellschaft ist also an die Rechtshandlungen gebunden und erwirbt folgeweise auch die Rechte aus solchen. Der Gesellschaft aber ist der Vorstand verantwortlich nach Art. 241.

§ 6. d) Dritten gegenüber. Wer als Dritter zu betrachten, ist zweifelhaft geworden: ob es Beamte, Aktionäre, der Vorstand selbst ist, wenn diese Personen mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten. Aktionäre sind als Dritte nicht zu betrachten, weil die Bestimmung von dem Rechtsverkehr der Gesellschaft nach außen, nicht von der Rechtsbeziehung zu den Gesellschaftern handelt (anders Willenbücher, Anm. 2 unter Bezugnahme auf ROHG. 7, S. 416; 9, S. 70, die jedoch die vorliegende Rechtsbezeichnung nicht im Auge hatten). Das kann z. B. wichtig werden, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Aktionär bemängeln kann, daß die durch den Vorstand erfolgte Einforderung der Einlage nicht auf gültigem Beschlusse des in dieser Hinsicht nach den Statuten kompetenten Aufsichtsrates beruht (RG. 24, S. 59). Geht der Aktionär mit der Gesellschaft ein selbständiges Rechtsgeschäft ein, so ist er als Dritter zu betrachten (RG. 4, S. 72; Bolze 10, Nr. 297). Beamte, die mit dem Vorstande kontrahieren, sind Dritte (ROHG. 6, S. 132; RG. 22, S. 72), Vorstandsmitglieder selbst aber nicht, z. B. wenn sie sich Erhöhung des Gehaltes stipulieren lassen oder ein Darlehen der Gesellschaft gewähren usw. Denn sie sind eben ein Teil des Vertretungsorganes (ROHG. 19, S. 335; Bolze 5, Nr. 761; Lehmann-Ring I., S. 491; Behrend, § 125, Anm. 3; zust. Lehmann II., S. 326).

Auch der Grundbuchrichter kann den Nachweis der etwaigen statutarisch erforderlichen Genehmigung des Aufsichtsrates zu Grundstückverkäufen nicht verlangen, weil Dritten gegenüber der Grundstückverkauf auch ohne diese Genehmigung gilt und die Gesellschaft gar nicht anders kann, als die Auflassung bewirken, zu welcher sich ihr Vorstand verpflichtet hat.

§ 7. e) Eine scheinbare Ausnahme macht der Fall der Kollusion. Derselbe liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Dritte weiß, daß die erforderliche Genehmigung nicht eingeholt war, sondern nur in einem dolosen Zusammenwirken bei absichtlicher Schädigung der Gesellschaft (ROHG. 6, S. 135; 15, S. 22; 9, S. 432; RG. 9, S. 148; 22, S. 75; Bolze 10, Nr. 297; vergl. § 3 zu Art. 114).

Artikel 232.

Eide namens der Gesellschaft werden durch den Vorstand geleistet.

Mit Wegfall des Parteieneides in unserer Prozeßordnung hat diese Bestimmung zum großen Teile ihre praktische Bedeutung verloren. Bei der Vernehmung der Parteien zum Zwecke der Beweisführung sind im Rechts-

Digitized by Google

streite der Aktiengesellschaft nach § 373, Abs. 3 ZPO. die Mitglieder des Vorstandes als Partei zu behandeln; denn diese sind die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Sind mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden, so bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, ob oder welche von ihnen zu vernehmen sind (§ 373, Abs. 4 ZPO.; vergl. hiezu Randa II., S. 208). Hieraus folgt, daß die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft im Prozesse derselben nicht als Zeugen vernommen werden können. Zur Anwendung gelangt dieser Artikel bei Leistung eines verglichenen Eides (§ 205 ZPO.) oder des Offenbarungseides durch die Aktiengesellschaft.

Artikel 233.

Jede Änderung der Mitglieder des Vorstandes muß bei Ordnungsstrafe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Dritten Personen kann die Änderung nur insofern entgegengesetzt werden, als in betreff dieser Änderung die im Art. 46 in betreff des Erlöschens der Prokura bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind.

Einleitung. **Der Artikel behandelt die Fälle der Änderung in der Zusammensetzung des Vorstandes**, und zwar 1. in formeller Hinsicht, das heißt die Pflicht zur Eintragung (Abs. 1), 2. in materieller Hinsicht, das heißt die Wirkungen der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung und Publikation (Abs. 2).

§ 1. I. **Allgemeines.** Unter Veränderung in der Zusammensetzung des Vorstandes ist im Gegensatze zu Art. 228, wo von der Bestellung des ersten oder eines neuen Vorstandes die Rede ist, das Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern verstanden, sodann aber auch Änderungen in der Art ihrer Vertretung, wenn sich die Kollektivvertretung in Einzelvertretung oder umgekehrt verwandelt.

§ 2. II. **Die einzelnen Vorschriften.**

1. (Abs. 1.) **Die formelle Vorschrift ist die Pflicht der Eintragung.**

Dieselbe liegt ob dem Vorstande, und zwar nicht so, daß notwendig sämtliche Vorstandsmitglieder zusammenwirken müssen, sondern so, daß der Vorstand in derjenigen Zusammensetzung, in welcher er überhaupt zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, aufzutreten hat (vergl. § 2 zu Art. 228). Das ausscheidende Mitglied hat dabei nicht mitzuwirken, weil es zu dieser Zeit die Vertretungsbefugnis nicht mehr besitzt. Um so weniger ist der Antrag des ausscheidenden Mitgliedes ausreichend, um die Eintragung zu bewirken (Ring, Anm. 1; AdlCl. 544). Ist infolge der eingetretenen Veränderung der Vorstand nicht mehr so zusammengesetzt, daß er zur Vertretung der Gesellschaft legitimiert ist, so muß erst die Ergänzung des Vorstandes erfolgen, ehe die Anmeldung bewirkt werden kann. (Anders LG. I Berlin bei Perl und Wreschner 1896, S. 54, wonach das einzige Vorstandsmitglied, wenn es sein Amt niederlegt, seine Löschung befugterweise anmelden kann.)

Die Anmeldung muß erfolgen beim Gerichte des Gesellschaftssitzes und der Zweigniederlassungen (vergl. AdlCl. 1336). Über die materielle Bedeutung der im Zweigregister unterlassenen oder vollzogenen Eintragung vergl. § 4 zu Art. 25.

Die Pflicht zur Eintragung wird erzwungen durch Ordnungsstrafen. Die Eintragung erfolgt nicht von Amts wegen (AdlCl. 498).

Digitized by Google

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Die materielle Vorschrift. Die Vorschrift enthält die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung und Publikation** (darüber, ob nur die Eintragung am Sitze der Gesellschaft entscheidend ist, vergl. § 4 zu Art. 25). In dieser Beziehung ist auf Art. 46 Bezug genommen, dessen Bestimmungen wiederum denen des Art. 25 entsprechen. Es wird daher auf die Erläuterung dieser beiden Artikel verwiesen.

Hervorgehoben wird:

§ 4. a) Die Eintragung ist nicht Bedingung der Rechtsgültigkeit der Bestellung des neuen Vorstandes (vergl. AdlCl. 2397). Auch der nicht eingetragene Vorstand ist legitimiert, selbst nach außen; nur die Wirkung der Offenkundigkeit nach Art. 46 datiert von der Publikation (RG. 9, S. 91). — Das Entsprechende gilt hinsichtlich des Aufhörens der Vertretungsbefugnis des abberufenen oder niederlegenden Vorstandes: derselbe ist nicht mehr legitimiert, aber der Mangel der Legitimation wird erst offenkundig mit der Publikation, bis dahin besteht der Schein der Legitimation, auf den sich der Dritte berufen kann (vergl. § 6).

§ 5. b) Die Vorschriften über die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung beziehen sich auf das Verhältnis zu dritten Personen, welche mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten, nicht auf das Verhältnis des Vorstandes zur Gesellschaft und ihren Mitgliedern selbst. Die Rechtshandlungen des Vorstandes gegenüber den Aktionären hängen nicht davon ab, daß die Aktionäre die Bestellung des Vorstandes kannten oder nicht kannten oder kennen konnten oder nicht kennen konnten. Von solchen Fragen hängt die Gültigkeit von Beschlüssen solcher Generalversammlungen, die von dem rechtsgültig bestellten, aber nicht eingetragenen Vorstande berufen sind, nicht ab (Kammergericht bei Johow und Küntzel 3, S. 18).

§ 6. c) Ist der Vorstand eingetragen, so kann dem Dritten, der sich mit ihm einläßt, nicht entgegengehalten werden, daß seine Bestellung nicht rechtsgültig oder erloschen ist (ROHG. 20, S. 208; vergl. Näheres hierüber § 7 zu Art. 228).

§ 7. d) Darin, daß zufolge der Bezugnahme auf Art. 46 trotz erfolgter Eintragung und Publikation der Änderung der Dritte den früheren Vorstand als legitimiert erachten kann, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Annahme begründen, er habe diese Umstände weder gekannt noch kennen müssen, erblickt Renaud (Aktiengesellschaft, S. 482) eine bedenkliche Bestimmung, indem er darauf hinweist, daß hienach Aktiengesellschaften in das Unendliche für alles dasjenige verantwortlich gemacht werden können, was jemand, der einmal Vorstandsmitglied gewesen, unterzeichnen würde. Allein es ist demgegenüber darauf hinzuweisen, was diesseits schon zu Art. 25 (§ 3) ausgeführt wurde, daß nämlich der Dritte, wie der Ausdruck „kennen müssen" ergibt, die gesetzliche Erkundigungspflicht hat und so leicht nicht wird beweisen können, daß er trotz sorgsamer Erkundigung die publizierte Tatsache nicht erfahren konnte.

Artikel 234.

Der Betrieb von Geschäften der Gesellschaft, sowie die Vertretung der Gesellschaft in bezug auf diese Geschäftsführung, kann auch sonstigen Bevoll-

Digitized by Google

mächtigten oder Beamten der Gesellschaft zugewiesen werden. In diesem Falle bestimmt sich die Befugnis derselben nach der ihnen erteilten Vollmacht; sie erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte mit sich bringt.

Einleitung.

Der Artikel spricht aus, daß zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung der Gesellschaft auch sonstige Bevollmächtigte und Beamte, außer dem Vorstande, bestellt werden können. Der Artikel ist überflüssig. Denn da nach Art. 5 alle Vorschriften über Kaufleute auch auf Handelsgesellschaften Anwendung finden, jede Aktiengesellschaft aber, auf die das Handelsgesetzbuch Anwendung findet, Handelsgesellschaft ist, so ergibt sich daraus ohne weiteres die Anwendbarkeit der Art. 47 ff. auf die Aktiengesellschaften und damit die Zulässigkeit von Handlungsbevollmächtigten bei denselben.

Hinsichtlich der Erläuterung dieses Artikels ist daher im wesentlichen auf die Art. 47 ff. zu verweisen. Es genügt, folgende bei der Aktiengesellschaft besonders zur Sprache gekommenen Punkte hervorzuheben:

1. **Zur Bestellung der Handlungsbevollmächtigten ist nach außen der Vorstand befugt.** Denn er ist der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft und die Bestellung eines Bevollmächtigten bindet die Gesellschaft ebenso wie jede andere Rechtshandlung des Vorstandes (Art. 230). Keineswegs kann man annehmen, daß die Befugnis des Vorstandes zur Bestellung von Bevollmächtigten nach außen abhängig ist von der Genehmigung der Generalversammlung oder vom Inhalte des Gesellschaftsvertrages (so Thöl I., S. 522; übereinstimmend mit uns RG. 22, S. 75; Ring, Anm. 1). § 1.

   Auch Generalbevollmächtigte kann der Vorstand bestellen (Ring, Anm. 2).

   Im übrigen kann auch der Prokurist und selbst der Handlungsbevollmächtigte einen Handlungsbevollmächtigten für die Aktiengesellschaft bestellen (Art. 42 und 53 und Erläuterung dazu). Nach dem Statute kann auch der Aufsichtsrat mit der Bestellung von Bevollmächtigten betraut werden.

2. **Inwieweit der Vorstand nach innen befugt erscheint zur Bestellung von Handlungsbevollmächtigten und Beamten,** ist Sache des Statutes und der Generalversammlungsbeschlüsse. Wenn ihm keine Beschränkung auferlegt ist, so ist seine Befugnis nach innen unbeschränkt: das heißt er ist insoweit dazu befugt, als es das Gesellschaftsinteresse erfordert; er bedarf weder der Genehmigung des Aufsichtsrates, noch der der Generalversammlung. § 2.

3. **Der Umfang der Vollmacht** richtet sich hier nach dem in die Erscheinung tretenden Verhalten des Prinzipals (vergl. z. B. Bolze 19, Nr. 301 und AdlCl. 731). Danach richtet sich auch, wann und inwieweit der Dritte, der mit dem Bevollmächtigten kontrahiert, sich Beschränkungen der Vollmacht entgegengehalten lassen muß (Art. 47 ff. und die Erläuterung dazu). Der Handlungsbevollmächtigte darf insbesondere nicht Wechselverbindlichkeiten eingehen, Darlehen aufnehmen und Prozesse führen. Ob er dabei den Titel Direktor führt und dem ganzen Handelsgewerbe vorsteht, ist gleichgültig (dagegen Hofgericht Wiesbaden in GZ. 11, S. 600; vergl. jedoch Bolze 10, Nr. 431). § 3.

4. **Einzutragen ist die Handlungsvollmacht nicht** (vergl. § 7, Art. 12). § 4.

Digitized by Google

§ 5. 5. **Hinsichtlich der Haftung der Gesellschaft für Versehen der Handlungsbevollmächtigten und Beamten** gelten die in den §§ 7 bis 9 zu Art. 52 aufgestellten Grundsätze.

§ 6. 6. **Inwieweit Vorstandsmitglieder für die Versehen der von ihnen bestellten Handlungsbevollmächtigten und Beamten haften**, richtet sich danach, wie weit ihnen selbst ein Versehen zur Last fällt. Daraus folgt, daß der Vorstand für Versehen des Prokuristen schlechthin verantwortlich ist, wenn er ihn ohne die vorgeschriebene Genehmigung bestellt hat, sonst nur bei culpa in eligendo aut custodiendo (Behrend, § 126, Anm. 14; Förtsch, Anm. 6; Lehmann-Ring I., S. 477).

§ 7. 7. **Die Beamten der Aktiengesellschaft sind nicht notwendig Handlungsgehilfen**, wie die Beamten eines Einzelkaufmannes es auch nicht notwendig sind (vergl. § 1 zu Art. 57).

8. **Für das Dienstverhältnis der Beamten gelten die allgemeinen**, anderweit entwickelten **Grundsätze**. Wegen der Berechnung der **Tantième** gilt hier dasselbe wie bei den Vorstandsmitgliedern (vergl. § 10 zu Art. 227).

§ 8. 9. Daß **Aufsichtsratsmitglieder** gleichzeitig Beamte der Aktiengesellschaft sind, ist im Gesetze nicht verboten, jedoch schreibt § 37, Abs. 11 A. Reg. die Aufnahme eines solchen Verbotes in das Statut vor.

§ 9. 10. **Der Widerruf** der bestellten Handlungsbevollmächtigten und Beamten folgt der Regel des Art. 54. Zum Widerrufe ist nach außen und innen der Vorstand befugt, letzteres auch dann, wenn die Bestellung an den Konsens eines anderen Organes geknüpft ist. Doch können dem Vorstande nach innen Beschränkungen hinsichtlich des Widerrufsrechtes auferlegt sein. Dieselben gelten aber nicht nach außen, auch nicht dem Beamten oder Bevollmächtigten gegenüber, der im Verhältnisse zur Gesellschaft ein Dritter ist (Behrend, § 127 a, Anm. 4; vergl. § 6 zu Art. 231).

§ 10. **Zusatz zu Art. 234. Der vorliegende Artikel schließt die Möglichkeit einer Prokuristenbestellung für Aktiengesellschaften nicht aus.** Die gegenteilige Ansicht der Redaktionskommission hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Denn Art. 234 sagt bloß, daß die Befugnisse der Beamten sich nach der ihnen erteilten Vollmacht bestimmen; daraus folgt, daß die Befugnisse jener Beamten, denen Prokura erteilt ist, jenen Umfang haben, welcher in der Prokura liegt; aus der Natur der Sache folgt aber nicht die Unmöglichkeit der Bestellung eines Prokuristen für Aktiengesellschaften, ebensowenig, wie für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Befugnis zur Prokuraerteilung im § 28 GmbHG. ausdrücklich anerkannt ist (vergl. für unsere Ansicht Hahn, §§ 5 ff. zu Art. 234; zust. Canstein I., S. 541; Pollitzer, S. 281; Lehmann II., S. 333; Randa I., S. 191; ausführliche Literaturangaben über diese Frage in den Mot. zur Aktiennovelle vom Jahre 1884 S. 347). Das ROHG. (8, S. 339) hat die Streitfrage ebenfalls im bejahenden Sinne entschieden. In der österreichischen Praxis steht die Zulässigkeit der Bestellung eines Prokuristen für Aktiengesellschaften fest (vergl. z. B. AblCl. 1539, 1814, 1409). Die meisten staatlich genehmigten Statuten der Aktiengesellschaften sehen die Bestellung eines Prokuristen vor.[1])

In der folgenden Erläuterung soll, damit alle hinsichtlich dieser Materie wichtigen Punkte zur Erörterung gelangen, **die Prokura bei Aktiengesellschaften vollständig behandelt werden**, und zwar in der Reihenfolge der Art. 41 ff.

[1]) § 238 d. HGB. erwähnt ausdrücklich die Bestellung eines Prokuristen für Aktiengesellschaften. In unserem Sinne wurde die Streitfrage bereits in der Aktiennovelle vom Jahre 1884 gelöst.

Digitized by Google

1 **Der Begriff der Prokura, die Art ihrer Entstehung und der Spezialfall der Kollektivprokura** (vergl. Art. 41 und die §§ 1 ff. dazu).

a) Der Begriff der Prokura ist hier selbstverständlich unverändert (§ 1 zu Art. 41). Der Unterschied der Prokuristen vom Vorstande liegt darin, daß der letztere gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft und deshalb zu allen Rechtshandlungen befugt ist, ersterer nur zu einem begrenzten Kreise von Geschäften, wenn auch diese Grenzen sehr weit gezogen sind. **§ 11.**

Der Prokurist vertritt, wie festzuhalten ist, nicht den Vorstand, sondern die Gesellschaft.

b) Die Erteilung der Prokura erfolgt auf dieselbe Weise, wie in Art. 41 vorgesehen. Nach außen ist der Vorstand auch in dieser Hinsicht gesetzlicher Vertreter mit schrankenloser Befugnis. Hat der Vorstand auf eine der im Art. 41, Abs. 2 bezeichneten Arten schriftlich oder mündlich oder durch Erklärung einem Dritten gegenüber jemandem Prokura erteilt, so ist derselbe Prokurist mit allen Rechtswirkungen nach außen (Art. 231). Ob die Prokuraerteilung aus inneren Gründen zu Unrecht geschah, das heißt dem Gesellschaftsvertrage oder einer Anordnung der inneren Organe zuwiderlief, hat der Vorstand nach innen zu verantworten. Nach außen ist seine Rechtshandlung jedenfalls wirksam (unten § 16). **§ 12.**

c) Die Kollektivprokura. Darüber vergl. § 6 zu Art. 41.

2. **Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht** richtet sich nach Art. 42. **§ 13.**

Bei der Aktiengesellschaft ist es aber fraglich, ob der Prokurist auch die Gesellschaft gegenüber den Aktionären vertreten kann. Soweit dies zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört, ist er hiezu berechtigt. Nicht aber kann der Prokurist an Stelle des Vorstandes die internen Akte vornehmen, welche dem Vorstande als solchem obliegen, also insbesondere nicht die für die Aktionäre bestimmten Publikationen erlassen. Der Prokurist kann daher nicht die Generalversammlung einberufen, auch nicht die Publikation wegen Einforderung der rückständigen Einlagen erlassen. Wohl aber kann er die eingeforderten Einlagen einziehen, eventuell durch Klage (ROHG. 7, S. 412).

3. **Die Unbeschränkbarkeit der Prokura** gilt auch hier als Prinzip (vergl. Art. 43). Und auch hier gibt es keine Ausnahmen von diesem Prinzipe (vergl. § 3 zu Art. 43, insbesondere über die Frage, ob ein Prokurist derart bestellt werden kann, daß er nur zusammen mit einem Vorstandsmitgliede zeichnen darf; vergl. ferner § 4 zu Art. 231). **§ 14.**

Die Kenntnis des Dritten von einer gleichwohl statuierten Beschränkung macht dieselbe auch hier nicht wirksam, wohl aber Kollusion, die aber in bloßer Kenntnis der Beschränkung nicht liegt (RG. 22, S. 75).

4. **Die Vorschriften über die Form der Prokurazeichnung** gelten hier unverändert (vergl. Art. 44). **§ 15.**

5. **Die Eintragung der Prokura und ihres Erlöschens** (vergl. Art. 45). **§ 16.**

a) Die Eintragung der Prokura ist auch hier nicht wesentlich für ihre Erteilung und Existenz. Hat der Vorstand — gleichviel ob mit oder ohne Genehmigung der Organe, an deren Zustimmung er gebunden ist — auf irgendwelche Weise die Prokura erteilt, so ist dieselbe anzumelden. Nicht bloß daß der Registerrichter bei der Anmeldung nicht zu prüfen hat, ob der Vorstand bei der Erteilung innerhalb der statutarischen Beschränkungen gehandelt hat, sondern er muß die Prokura sogar dann ein-

Digitized by Google

tragen, wenn er in dieser Beziehung das Gegenteil weiß. Denn auch dann liegt eine nach außen wirksame Prokura vor, und das ist allein für den Registerrichter entscheidend (Lehmann-Ring I., S. 477; Behrend, § 126, Anm. 2; LG. Breslau bei Holdheim 3, S. 325; anders Förtsch, Anm. 4 — im Interesse der Gesellschaft soll die Prüfung stattfinden? —). Die etwa nach dem Statute notwendige Zustimmung des Aufsichtsrates ist hienach dem Registerrichter nicht beizubringen. Die Eintragung des Prokuristen kann auch nicht aus dem Grunde verweigert werden, weil die Statuten über die Bestellung des Prokuristen nichts enthalten. Das Gleiche gilt, wenn die Statuten die Bestimmung enthalten, daß die Gesellschaft durch ein oder mehrere Vorstandsmitglieder vertreten wird. Denn damit ist nur die gesetzliche Vertretung geregelt, nicht aber ausgeschlossen, daß die Gesellschaft durch Prokuristen als gewillkürte Vertreter vertreten werden kann. Ja selbst wenn die Statuten die Bestimmung enthielten, daß Prokuristen nicht bestellt werden dürfen, wäre das nach außen nicht gültig, denn darin läge eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes dahin, daß er Prokuristen nicht bestellen könne, und diese Beschränkung wäre eben nach außen nicht wirksam (Art. 231 und § 4 dazu).

§ 17. b) Die Anmeldung der Prokura ist zu bewirken vom Vorstande, und zwar in derjenigen Zusammensetzung, in welcher er auch sonst die Gesellschaft vertritt (§ 1 zu Art. 45). Der Vorstand kann nach Art. 45, Abs. 4 eventuell durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung angehalten werden.

§ 18. c) Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise anzumelden, und zwar wiederum vom Vorstande. Generalversammlung und Aufsichtsrat können nur durch die ihnen zustehenden Machtmittel auf den Vorstand einwirken, daß er die Löschung bewirke. Selbst können sie nicht Anträge stellen.

Es fragt sich aber weiter: wer die Prokura widerrufen kann. Nach innen wird man annehmen müssen, daß diejenigen Organe, welche zur Erteilung ihre Zustimmung erteilen müssen, auch vom Vorstande verlangen können, daß er die Prokura widerrufe. Außerdem aber muß man den Vorstand stets für befugt halten, die Prokura zu widerrufen. Mit Wirkung nach außen sicherlich, aber auch nach innen ist er auch dann selbständig zum Widerrufe befugt, wenn andere Organe zur Erteilung der Prokura ihre Zustimmung geben müssen, es sei denn, daß ihm der Widerruf ausdrücklich untersagt wäre.

§ 19. 6. **Die Bestimmungen über die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Registrierung des Erlöschens der Prokura** (Art. 46) gelten hier unverändert.

§ 20. 7. **Die Rechtswirkungen der auf Grund der Prokura abgeschlossenen Rechtsgeschäfte** (Art. 52) treffen hier die Gesellschaft, nicht etwa den Vorstand. Denn der Prokurist ist Vertreter der Gesellschaft, nicht des Vorstandes. Das Gleiche gilt von kontraktlichem Versehen.

Bei außerkontraktlichem Versehen haftet die Gesellschaft in der Regel nicht, weil der Prokurist nicht ihr gesetzlicher Vertreter ist (Näheres § 8 zu Art. 52).

Artikel 235.

Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes, welches

Digitized by Google

zu zeichnen oder mitzuzeichnen befugt ist, oder an einen Beamten der Gesellschaft, welcher dieselbe vor Gericht zu vertreten berechtigt ist, geschieht.

Der vorliegende Artikel bezieht sich auf alle Arten von Zustellungen, nicht bloß auf solche die die Aktiengesellschaft als Partei betreffen (vergl. GlUNF. 259: Zustellung eines Zahlungsverbotes an die Aktiengesellschaft als Drittschuldnerin). Der Artikel ist durch die allgemeine Bestimmung des Art. IV, Z. 2 EinfG. zur ZPO. aufrechterhalten worden; in Bezug auf dessen praktische Anwendung ist zu unterscheiden:

§ 1. 1. Soweit es sich um die Zustellung von Klagen und solchen Schriftstücken handelt, die nach den bestehenden Gesetzen wie Klagen zuzustellen sind (§§ 106, 108 ZPO.), bildet Art. 235 eine Ergänzung des § 106 ZPO., indem er sagt, wann bei Aktiengesellschaften eine Zustellung zu eigenen Handen als bewirkt anzusehen ist. Die Frage ist dahin beantwortet, daß die Zustellung an ein Mitglied des Vorstandes, und zwar auch dann, wenn dasselbe bloß zur Kollektivzeichnung berechtigt ist, genügt (P. 348, 349, 1064; vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 352 und § 3 zu Art. 117). Die Zustellung kann ferner außer an Vorstandsmitglieder auch zu Handen jedes anderen Beamten der Gesellschaft erfolgen, der zur Empfangnahme von Klagen entweder speziell oder kraft erteilter Prozeßvollmacht (§ 31, Z. 1 ZPO.) berechtigt ist.[1]) Eine bloß zu einzelnen Prozeßhandlungen erteilte Vollmacht ist weder nach dem Wortlaute des Art. 235 noch nach dem des § 106 ZPO. genügend. Zustellungen (von Klagen) an den Prokuristen sind nur dann wirksam, wenn die Zustellung eine Rechtsangelegenheit betrifft, die sich auf den Betrieb eines Handelsgewerbes bezieht; denn nur soweit reicht die in der Prokura liegende Prozeßvollmacht. Soll der Prokurist auch andere Klagen mit Wirksamkeit gegen die Aktiengesellschaft empfangen, z. B. die Klage auf Herausgabe einer der Gesellschaft testamentarisch angefallenen Erbschaft, so müßte ihm besondere Prozeßvollmacht erteilt worden sein. § 106 ZPO. ist sogar noch enger gefaßt und gestattet Zustellungen von Klagen an den Prokuristen nur dann, wenn die Zustellung sich auf den Betrieb des Handelsgewerbes (nämlich des Prinzipals) bezieht (vergl. § 1 zu Art. 42). Hier geht aber der besonders aufrecht erhaltene Art. 235 vor; denn der Prokurist ist in allen Rechtssachen, die sich auf den Betrieb irgendeines Handelsgewerbes beziehen, zur gerichtlichen Vertretung der Aktiengesellschaft berechtigt.

§ 2. 2. Für Zustellungen, die nicht zu eigenen Handen des Adressaten erfolgen müssen, ist § 105 ZPO. maßgebend. Die dort vorgesehene Ersatzzustellung — Zustellung an jeden im Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Diener — bezieht sich jedenfalls auch auf Aktiengesellschaften. Dem steht die Aufrechthaltung des Art. 235 nicht entgegen. Denn Art. 235 sagt bloß, wie die Zustellung zu erfolgen hat, die an die Aktiengesellschaft selbst zu geschehen hat, entscheidet aber nicht die Frage, wann eine Zustellung an die Gesellschaft selbst oder an deren Stelle an andere, von ihr und ihren gesetzlichen Vertretern verschiedene Personen erfolgen soll. Es ist auch kein Grund abzusehen, warum das Gesetz, welches in § 105 ZPO. eine die Zustellung an juristische Personen

[1]) Als eine derartige Bevollmächtigung gilt auch die Postvollmacht (vergl. § 7 der Verordnung des Handelsministeriums vom 22. Mai 1897, Z. 28.602).

Digitized by Google

erleichternde Bestimmung treffen wollte, von der Wirksamkeit dieser Bestimmung gerade die Aktiengesellschaft hätte ausnehmen sollen.

3. Für Zustellungen im Laufe eines Streitverfahrens ist § 93, Abs. 1 ZPO. maßgebend. Dieselben haben auch bei Aktiengesellschaften an die besonders bestellten Prozeßbevollmächtigten zu geschehen (Renaud, S. 525).[2])

Artikel 236.

Die Generalversammlung der Aktionäre wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind.

Der Artikel bestimmt, durch wen die Generalversammlung der Aktionäre zu berufen ist, die Bestimmung ist aber nicht erschöpfend. Durch wen erfolgt die Berufung der Generalversammlung?

Jedenfalls ist der Vorstand hiezu legitimiert. Das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag können „auch" andere Personen dazu bestimmen. Statutarische Bestimmungen über die Erteilung des Berufungsrechtes an andere Personen, insbesondere an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, sind daher, auch wenn ihr Wortlaut auf einen exklusiven Sinn hindeutet, von Gesetzes wegen nur dahin aufzufassen, daß dieses Berufungsrecht neben dem des Vorstandes besteht (in diesem Sinne auch der Wortlaut des § 40, Abs. 6 A. Reg.). Unwirksam scheint eine Statutenbestimmung, nach der dem Vorstande das Berufungsrecht nur zustehen soll, wenn der Aufsichtsrat mit der Einberufung zögert (anders bezüglich der gleichlautenden Bestimmung des § 28 GenG. OGH. vom 14. Febr. 1907, JBl. 1907, Nr. 28). Die durch den Vorstand berufene Generalversammlung ist jedenfalls ordnungsmäßig berufen.

Von Gesetzes wegen ist übrigens der Aufsichtsrat neben dem Vorstande stets berechtigt und verpflichtet, die Generalversammlung zu berufen, so oft dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint (Art. 225, Abs. 3). Statutarisch können auch andere Personen, wie etwa Prokuristen, Beamte, für berufungsberechtigt erklärt werden (vergl. § 40, Abs. 6 A. Reg.). Auch Aktionären kann im Statute ein solches Recht eingeräumt werden (Behrend § 121, Anm. 11), ebenso dem Regierungskommissär, wenn ein solcher bestellt ist (Renaud, S. 410).

Artikel 237.

Eine Generalversammlung der Aktionäre ist, außer den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen, zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Die Generalversammlung muß auch dann berufen werden, wenn dies ein Aktionär oder eine Anzahl von Aktionären, deren Aktien zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines größeren oder eines geringeren Anteiles am Grundkapital geknüpft, so hat es hiebei sein Bewenden.

Der Artikel bestimmt, wie oft die Generalversammlung zu berufen ist (Abs. 1), und gibt den Aktionären das Recht, die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung zu verlangen (Abs. 2).

[2]) Das d. HGB. enthält keine dem Art. 235 entsprechende Bestimmung.

Digitized by Google

(Abs. 1.) **Wie oft erfolgt die Berufung?** In erster Linie entscheiden die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen. So ist aus der Bestimmung des Art. 239 die alljährliche Berufung der sogenannten „ordentlichen Generalversammlung" zu folgern (das Gesetz gebraucht diesen Ausdruck nicht, wohl aber die Praxis allgemein und auch das A. Reg. in § 40, Abs. 2; vergl. auch Behrend, § 121 III). § 40, Abs. 3 A. Reg. wiederholt diese Bestimmung und sagt damit, daß einem Statute, nach welchem die Generalversammlung nicht einmal alljährlich einzuberufen wäre, die staatliche Genehmigung nicht erteilt werden würde; eine solche Statutenbestimmung wäre übrigens schon nach dem Gesetze unwirksam, da sie im Widerspruche mit einer zwingenden Rechtsvorschrift stehen würde. Im Falle des Art. 240 ist unverzüglich die Generalversammlung zu berufen. Sonstige Fälle kann das Statut bestimmen. Der vorliegende Artikel enthält aber außerdem die clausula generalis, daß die Generalversammlung (sc. vom Vorstande, über die gleiche Pflicht des Aufsichtsrates siehe Art. 225) immer dann zu berufen ist, wenn das Gesellschaftsinteresse dies erfordert. In diesem Falle muß der Vorstand die Generalversammlung berufen; aber nur in diesem Falle darf er die außerordentliche Generalversammlung einberufen. Der Vorstand hat stets die Pflicht, sorgfältig zu prüfen, ob der Gegenstand der beabsichtigten Beschlußfassung wichtig genug ist, um der Gesellschaft die mit der Einberufung und Tagung einer Generalversammlung verbundenen Kosten aufzubürden (vergl. Jacobi in Festgabe für Felix Dahn [1905] III., S. 263). Weiters über die Interpretation des dem Art. 237, Abs. 1 a. E. gleichlautenden § 253, Abs. 2 d. HGB. bei Jacobi a. a. O. und in den Berichten über die Verhandlungen des 27. deutschen Juristentages, I. Bd. (Gutachten von Lehmann, Staub). Der von Rehm (Holdheim 12, S. 239) entwickelten Ansicht, ist beizutreten, daß das Interesse der Gesellschaft die Einberufung einer Generalversammlung nur dann gebietet, wenn Tatsachen eintreten oder Maßnahmen getroffen werden sollen, die den Bestand der Gesellschaft gefährden. Keineswegs braucht vor jeder kostspieligen oder riskanten Unternehmung die Generalversammlung einberufen zu werden (dies gegen RG. vom 3. Mai 1902 bei Holdheim 11, S. 266). **§ 1.**

Unterlassung der Berufung, wo die Pflicht sie gebietet, macht den Vorstand nach Art. 241 verantwortlich. (Vergl. z. B. einen Fall der Verletzung des Abs. 2 des vorliegenden Artikels in § 1 zu Art. 231.) Auf das Selbsthilferecht der Aktionäre nach Art. 237 kann der Vorstand sich zur Befreiung von seiner Verantwortlichkeit nicht berufen. Andrerseits sind die Aktionäre auf diese Selbsthilfe angewiesen, da sie keine Macht haben, den Vorstand zur Einberufung der Generalversammlung zu zwingen. Die staatliche Aufsichtsbehörde kann freilich kraft ihres Aufsichtsrechtes den Vorstand zur Einberufung einer Generalversammlung verhalten (Budwinski 1020, 1759). Jedoch ist dem einzelnen Aktionär nicht die Möglichkeit gegeben, die Verwaltungsbehörde zu zwingen, ihr Aufsichtsrecht geltend zu machen (vergl. § 18 zu Art. 208).

(Abs. 2.) **Die Aktionäre haben das Recht, die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung zu verlangen.** **§ 2.**

I. **Allgemeiner Charakter dieser Vorschrift.**

a) Subsumierung des Rechtes. Dieses Recht ist eines derjenigen Rechte, welches in der Literatur und auch in den Motiven zum Aktiengesetz vom Jahre 1884 (S. 252) unzutreffend Individualrecht genannt wird. Nach unseren Anschauungen ist es eines der dem Aktionär zustehenden gesellschaftlichen Herrschaftsrechte oder Mitverwaltungsrechte. Es ist dem Aktionär ex jure publico gegeben und daher eines der unentziehbaren Aktionärrechte, ein sogenanntes Sonderrecht (§§ 1 und 2 zu Art. 224). **§ 3.**

Digitized by Google

b) Die praktische Wichtigkeit des Rechtes ist eine außerordentliche. Denn es gibt dem Aktionär die Möglichkeit, in die Verwaltungstätigkeit der ständigen Gesellschaftsorgane wirksam einzugreifen. Ohne dieses Recht würden die Aktionäre nur in denjenigen Generalversammlungen Beschlüsse fassen können, welche die Gesellschaftsorgane anberaumen (vergl. oben § 1).

c) Die Natur der Vorschrift. Daß die hier gegebenen Voraussetzungen die Maximalbedingungen des hier gewährten Rechtes enthalten, darüber kann kein Zweifel bestehen. Das Recht ist ex jure publico gegeben und wie unentziehbar, so auch uneinschränkbar.

Aber eine andere Frage ist, ob das Statut leichtere Bedingungen für die Ausübung des Rechtes aufstellen kann, oder ob die Vorschriften auch Minimalvorschriften sind. Im Gegensatz zu der von Laué (Gutachten über die Einwirkung des Gesetzes vom 18. Juli 1884 usw., S. 28) inaugurierten herrschenden Ansicht sind wir der Meinung, daß das Statut nicht leichtere Bedingungen aufstellen kann. Das Gesetz hat die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane zur Einberufung der Generalversammlung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, an deren Stelle das Statut nicht willkürlich andere Voraussetzungen setzen kann.[1])

In Übereinstimmung hiemit befindet sich der Wortlaut der Vorschrift. Wo dieselbe eine Erleichterung durch Statut zulassen will, da hebt sie dies besonders hervor. Das ist hinsichtlich der erforderlichen Größe des Aktienbesitzes der Fall. Die Vorschrift wäre unnötig, wenn statutarische Vergrößerungen des Rechtes überhaupt zulässig wären (zust. Lehmann-Ring I., S. 503).

Für die folgenden Einzelnerläuterungen ist dieses Ergebnis sehr wichtig.

§ 4. II. **Der Inhalt der Vorschrift ist folgender:**

a) Welches sind die Voraussetzungen des Verlangens? Die Voraussetzung des Verlangens ist nach dem Gesetze keine andere als die, daß der Antragsteller (denn auch ein Aktionär kann den Antrag stellen) Aktien besitzt, welche den zehnten Teil des Grundkapitals darstellen. — Unerheblich ist, ob der Antragsteller bei dem von ihm intendierten Beschlusse mitstimmen darf oder nicht.

Wie bei Inhaberaktien der Antragsteller seinen Aktienbesitz den Gesellschaftsorganen zu beweisen hat, ist im Gesetze nicht gesagt, daher muß sich nach dem Gesetze die Gesellschaft mit jedem Nachweise, z. B. dem Depotscheine einer Bank, begnügen. In der Praxis erfolgt der Nachweis, um jeden Zweifel und jede Diskussion abzuschneiden, durch Niederlegung der Aktien bei der Gesellschaft. Strenge genommen läge daher in einer Bestimmung der Statuten, welche eine bestimmte Art des Nachweises, insbesondere die Deponierung der Aktien verlangen, eine Erschwerung des in diesem Artikel den Aktionären eingeräumten Rechtes, woraus die Unwirksamkeit einer solchen Statutenbestimmung

[1]) Da nach dem bestehenden Gesetze den Gesellschaftsorganen ohnehin die absolute Pflicht auferlegt ist, die Generalversammlung einzuberufen, wenn den formalen Voraussetzungen des Art. 237 entsprochen ist, so könnte das Statut nur in formaler Hinsicht Erweiterungen dieses Rechtes schaffen, indem es z. B. davon absieht, daß die Aktionäre Gründe und Zweck ihres Verlangens darlegen müssen; eine solche Statutenbestimmung wäre aber unwirksam (vergl. unten § 4).

Digitized by Google

folgen würde. Die Praxis ist freilich anderer Ansicht. Eine große Anzahl von Statuten verlangt zum Nachweise des erforderlichen Aktienbesitzes die Deponierung der Aktien und das Aktienregulativ überläßt in § 40, Abs. 4 die Bestimmung, auf welche Art der in Rede stehende Nachweis zu erbringen ist, dem Statute. Bei Namenaktien entscheidet die Berufung auf das Aktienbuch.

Eine Erleichterung und eine Erschwerung kann nach dem vorliegenden Artikel das Statut schaffen, nämlich in Betreff der Höhe des Aktienbesitzes. Das Statut kann also auch jedem Aktionär, auch wenn er nur eine Aktie besitzt, das hier in Rede stehende Recht gewähren. Auch in der Weise kann das Statut Erleichterungen schaffen, daß es einen geringeren Aktienbesitz erfordert, wenn es sich um bestimmte Punkte handelt (z. B. Antrag auf Wahl eines neuen Aufsichtsrates, wenn kein solcher besteht). (Zust. Ring, Anm. 2.) Das Statut kann auch eine Erschwerung in der Richtung schaffen, daß ein höherer Aktienbesitz als der im Gesetze normierte verlangt wird. Freilich darf diese Erschwerung nicht soweit gehen, daß hiedurch das in Art. 237, Abs. 2 gewährte Sonderrecht in der Praxis illusorisch wird, z. B. daß ein Besitz von drei Vierteln des Aktienkapitals verlangt wird (Hahn, § 4 zu Art. 237). Nach der Fassung des § 40, Abs. 4 A. Reg. hat ein Statut, welches einen höheren Aktienbesitz als den zehnten Teil des Grundkapitals verlangt, keine Aussicht auf staatliche Genehmigung.

b) Das Verlangen selbst muß Zweck und Gründe des Antrages enthalten. Manche Statuten stellen, wohl infolge nachlässiger Redigierung, nur das Erfordernis auf, daß der Antrag den Zweck der Generalversammlung enthalten müsse, oder den Gegenstand, welcher Anlaß zu diesem Verlangen gibt, bezeichnen müsse. Auch solchen Statuten gegenüber bleibt das gesetzliche Erfordernis bestehen, da das Statut auch Erweiterungen des Rechtes nicht anordnen kann (vergl. oben § 1). Enthält der Antrag daher keine Gründe, so ist er in jedem Falle abzuweisen. Die Gesellschaftsorgane brauchen überhaupt nicht darauf zu reagieren, können aber durch Rückfrage die Gründe eruieren. **§ 4a.**

c) An wen wird das Verlangen gerichtet? Lehmann-Ring (I., S. 503) meinen es müsse an alle berufungsberechtigten Organe der Reihe nach oder zu gleicher Zeit gerichtet werden. Dem kann nicht beigepflichtet werden, denn der Vorstand ist auch in seiner Stellung nach innen, den Aktionären gegenüber, das ständige geschäftsführende Organ. Wird ihm ein an die Gesellschaft als solche gerichteter Antrag behändigt, so richtet sich derselbe zwar in erster Linie an ihn, zugleich aber muß er für verpflichtet erachtet werden, den Antrag denjenigen Gesellschaftsorganen zu übermitteln, welchen der betreffende Zweig der Geschäftsführung obliegt. Ein an die Gesellschaft zu Händen des Vorstandes gerichteter Antrag genügt daher. **§ 5.**

d) Das Verhalten der Gesellschaftsorgane. Nach dem Wortlaute des Gesetzes haben die Verwaltungsorgane die absolute Verpflichtung, dem an sie gestellten, den formellen Voraussetzungen entsprechenden Verlangen nachzukommen. Die angerufenen Gesellschaftsorgane sind nicht berechtigt, die von den Antragstellern vorgebrachten Gründe auf ihre Stichhältigkeit hin zu prüfen (P. 345; Renaud, S. 422; Hahn § 3 zu Art. 237). **§ 6.**

In welcher Zeit sie dem Verlangen zu entsprechen haben,

Digitized by Google

ist nicht gesagt. Keinesfalls früher, als die Antragsteller dies verlangen. Haben diese keine Frist gesetzt, oder haben sie sofortige Anberaumung verlangt, so ist dem Antrage sofort stattzugeben. Was darunter zu verstehen ist, und was umgekehrt als übermäßige Verzögerung, die der Ablehnung gleichkommt, gilt, entscheidet der Einzelfall. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, daß die Gesellschaftsorgane erst ordnungsmäßig zu beraten haben; und daß besonders in großen Städten die Mitglieder des Aufsichtsrates nicht täglich oder stündlich zu einer Sitzung eingeladen werden können. Wenn die Statuten eine bestimmte Frist bestimmen, innerhalb welcher dem Antrage stattgegeben werden muß, so ist eine solche Frist nur insofern wirksam, als sie der aus dem Gesetze gezogenen Konsequenz, daß die Generalversammlung sofort (in der oben entwickelten Bedeutung) einzuberufen ist, nicht widerspricht. Von diesem Gesichtspunkte aus kann gegen die Bestimmung des § 40, Abs. 4 A. Reg., daß die Frist, innerhalb welcher die Generalversammlung einzuberufen ist, im Statute bestimmt werden muß, und zwar mit längstens 30 Tagen, nichts eingewendet werden. Diese Frist setzten auch bereits früher mehrere Statuten fest (vergl. die Statuten der Veitscher Magnesitwerke-Aktiengesellschaft, des österreichischen Kreditinstitutes für Verkehrsunternehmungen).

§ 7. e) Die Mittel, die die Aktionäre zur Durchsetzung des ihnen im vorliegenden Absatze gewährten Rechtes anwenden können, sind im Gesetze nicht geregelt. Zweifellos können die Aktionäre beim Aufsichtsrate, wenn ein solcher besteht, gegen den Vorstand Abhilfe suchen. Ein Recht, die Generalversammlung auf eigene Faust einzuberufen, steht nach dem Handelsgesetzbuche den Aktionären nicht zu. Es kann ihnen jedoch im Statute ein solches Recht eingeräumt werden (Renaud, S. 423; vergl. § 1 zu Art. 236).[2]) Dagegen steht den Aktionären das Recht zu, den Vorstand durch Klage zur Einberufung der Generalversammlung zu zwingen (P. 386; Renaud in Busch Archiv Bd. 45, S. 43). Der Richter, der über diese Klage im ordentlichen Prozeßwege[3]) zu entscheiden hätte, dürfte nur prüfen, ob die formellen Voraussetzungen des Art. 237, Abs. 2 vorhanden sind, hätte sich aber in keine Prüfung der Zweckmäßigkeit des gestellten Begehrens und der Stichhältigkeit der vorgebrachten Gründe einzulassen. Die Exekution des der Klage stattgebenden Urteiles müßte nach § 354 EO. erfolgen (Erzwingung einer nicht durch einen Dritten vornehmbaren Handlung). Auch im Wege einer einstweiligen Verfügung kann der Richter den Auftrag zur Einberufung der Generalversammlung erteilen. Eine praktische Bedeutung kann diesem den Aktionären grundsätzlich zustehenden Zwangsmittel nicht beigelegt werden;

[2]) § 254, Abs. 3, d. HGB. bestimmt, daß das Gericht die Aktionäre, welche das dem Gesetze entsprechende Verlangen auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung vergeblich gestellt haben, ermächtigen kann (nicht muß), die Generalversammlung selbst einzuberufen. Die Ansicht Rothnagels (S. 154), daß die Auslegung unseres Gesetzes dahin führt, den Aktionären das gleiche Recht einzuräumen, wie es § 254, Abs. 3, d. HGB. gewährt, entbehrt der Begründung und steht mit der Bestimmung des § 1 des kais. Pat. vom 9. August 1854 im Widerspruche. Auch § 37, Abs. 2, GmbHG., der die Minorität zur Berufung der Generalversammlung auf eigene Faust ermächtigt, wenn dem Verlangen auf Einberufung seitens der zuständigen Organe innerhalb 14 Tagen nicht entsprochen wird, ist nicht analog anwendbar; es fehlt die Rechtslücke.

[3]) Ein Recht des Registerrichters, die säumigen Vorstandsmitglieder durch Ordnungsstrafen zur Erfüllung ihrer Pflicht anzuhalten — wie es § 29, Abs. 3, GenG. statuiert — besteht hier nicht.

Digitized by Google

denn von den Gesellschaftsorganen, welche infolge gerichtlichen Zwanges eine Generalversammlung einberufen, kann kaum die erforderliche Sorgfalt erwartet werden (vergl. Motive zum Aktiengesetze vom Jahre 1884, S. 251). Wenn die Gesellschaftsorgane einem an sie gemäß Art. 237, Abs. 2 gestellten Begehren nicht entsprechen, kann die staatliche Aufsichtsbehörde sich veranlaßt fühlen, die Organe zur Erfüllung ihrer Pflicht anzuhalten; jedoch steht den Aktionären kein Anspruch auf ein derartiges Eingreifen der Verwaltungsbehörde zu (vergl. § 18 zu Art. 208).

§ 8. **Zusatz 1. Das Gesetz gibt den Aktionären kein Mittel, um zu erreichen, daß bestimmte Gegenstände in die kundzumachende Tagesordnung der nächsten Generalversammlung aufgenommen werden.**[4]) Da nach Art. 238, Abs. 2 nur über solche Gegenstände in der Generalversammlung Beschluß gefaßt werden kann, die bei der Berufung bekanntgemacht worden sind, so ist hiedurch den Aktionären vielfach die Möglichkeit entzogen, auf die Geschäftsführung einzuwirken. Durch die Statuten kann den Aktionären zweifellos ein Recht von der erwähnten Art gewährt werden und wurde auch vielfach gewährt (vergl. Statuten der Unionbank). § 40, Abs. 5 A. Reg. schreibt vor, daß den Aktionären ein solches Recht im Statute einzuräumen ist, und zwar unter denselben Voraussetzungen, wie das Recht auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung. Dabei überläßt das Aktienregulativ dem Statute die Festsetzung der Frist, innerhalb welcher vor Einberuung der Generalversammlung das Begehren auf Aufnahme bestimmter Gegenstände in die Tagesordnung gestellt werden muß. Daraus geht hervor, daß ein solches Verlangen vor Einberufung der Generalversammlung gestellt werden muß (anders § 254, Abs. 2 d. HGB.). Es könnte auch im Statute nicht gültig bestimmt werden, daß dieses Begehren in einem anderen Zeitpunkte, nämlich nach erfolgter Einberufung der Generalversammlung gestellt werden kann, da ja die Kundmachung der Tagesordnung gleichzeitig mit der Einberufung der Generalversammlung erfolgen muß (vergl. § 4 zu Art. 238).

§ 9. **Zusatz 2. Aus dem Rechte der Berufung folgt auch das Recht, die Berufung aufzuheben.** Dasjenige Organ, welches nach dem Gesetze oder den Statuten die Generalversammlung einzuberufen hat, ist mit Wirkung gegenüber den Aktionären befugt, die Berufung rückgängig zu machen (Kammergericht bei Johow und Küntzel 3, S. 18). Die bloße Nichtteilnahme an der Generalversammlung aber ist keine Aufhebung. Die einmal berufene Generalversammlung kann vielmehr abgehalten werden, die einmal eingeladenen Aktionäre können ihre Beschlüsse fassen. Nehmen die Gesellschaftsorgane an der von ihnen selbst einberufenen Generalversammlung nicht teil, so mag darin auf ihrer Seite eine Pflichtverletzung liegen, aber nicht eine Vereitlung der Generalversammlung. Diese kann ihren Vorsitzenden selbst wählen und ungehindert tagen.

Artikel 238.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu erfolgen.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekanntgemacht werden. Über Gegenstände, deren Verhandlung nicht in dieser Weise angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; hievon ist je-

[4]) Die deutsche Aktiengesetzgebung hat bereits seit der Novelle vom Jahre 1884 das den Aktionären nach Art. 237, Abs. 2, HGB. eingeräumte Recht in der erwähnten Richtung erweitert (vergl. jetzt § 254, Abs. 2, d. HGB.). Ebenso § 38, Abs. 3, GmbHG.

Digitized by Google

doch der Beschluß über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung ausgenommen.

Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

Der Artikel enthält eine Allgemeinvorschrift für die Berufung der Generalversammlung (Abs. 1), **gibt eine Vorschrift über den Inhalt der Berufung** (Abs. 2) und gestattet schließlich Verhandlungen, die nicht mit Beschlußfassung verknüpft sind, ohne Ankündigung (Abs. 3).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Eine Frist**, welche zwischen dem Tage der Einberufung und dem der Abhaltung der Generalversammlung liegen muß, setzt das Gesetz nicht fest. Die Statuten werden wohl immer eine derartige Bestimmung enthalten. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, so müßte die Einberufung so zeitlich geschehen, daß allen Beteiligten die Möglichkeit geboten ist, bei der Generalversammlung selbst oder durch Vertreter zu erscheinen (Renaud, S. 426; Lehmann II., S. 178). Das Aktienregulativ (§ 40 letzter Absatz) verordnet, daß das Statut eine solche Fristbestimmung enthalten und mindestens eine zweiwöchentliche Frist festsetzen muß, in die der Tag der Abhaltung der Generalversammlung nicht einzurechnen ist.

§ 2. 2. (Abs. 2.) **über die Form der Berufung** hat der Gesellschaftsvertrag Bestimmung zu treffen (Art. 209, Z. 8). Es ist das ein essentiale desselben.

Von Gesetzes wegen ist hier nur eine Vorschrift gegeben; andere gesetzliche Vorschriften bestehen nicht, insbesondere nicht, daß die Berufung allgemein durch öffentliche Blätter erfolgen muß, auch nicht, daß auf die statutarisch erforderliche Aktiendeposition aufmerksam gemacht werden muß (RG. vom 24. März 1887 in Seufferts Archiv 42, S. 440 ff.).

Die eine hier gegebene Vorschrift geht dahin: daß der Zweck der Generalversammlung jederzeit bei der Berufung bekanntgemacht werden muß, widrigenfalls keine Beschlüsse gültig gefaßt werden können.

Der Zweck der Generalversammlung muß jederzeit bei der Berufung bekanntgemacht werden.

§ 3. a) Der Zweck der Generalversammlung, genannt die Tagesordnung, muß, wenn auch in aller Kürze, doch derart klar und präzise bezeichnet sein, daß jeder Aktionär weiß, worüber verhandelt und eventuell Beschluß gefaßt werden soll, und sich daher gehörig darauf vorbereiten kann (OLG. Dresden in GZ. 35, S. 248; AdlCl. 720: Ungültigkeit des Beschlusses auf eine Einzahlung von 15 Prozent, wenn in der Bekanntmachung Beschlußfassung über eine Einzahlung von 10 Prozent als Tagesordnung bezeichnet war). Nur den Gegenstand der Beratung und Beschlußfassung, nicht aber die auf diesen Gegenstand bezüglichen Anträge muß die Tagesordnung enthalten (OLG. Köln in GZ. 37, S. 553). Nicht genügend würde die Bekanntmachung sein: Abänderung der Statuten (Lehmann II., S. 197). Es muß vielmehr der zur Abänderung in Aussicht genommene Paragraph der Statuten bezeichnet sein. Nach § 40, Abs. 8 A. Reg. ist im Statute vorzuschreiben, daß bei Einberufung einer Generalversammlung, die über Statutenänderungen zu beschließen hat, der wesentliche Inhalt der beabsichtigten Statutenänderung anzugeben ist. Wenn die Bekanntmachung auf Statutenänderung lautet, so ist durch Fassung eines Beschlusses der Generalversammlung, daß die Formu-

Digitized by Google

lierung der beschlossenen Statutenänderung dem Vorstande überlassen wird — soweit dies überhaupt zulässig ist (vergl. § 4 zu Art. 214 — die kundgemachte Tagesordnung nicht überschritten (Budwinski 3947). Der Wortlaut der beabsichtigten Änderung braucht nicht genannt zu werden (vergl. RG. 17, S. 172). Andere Beispiele von gültigen Tagesordnungen: Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern; Abberufung des Aufsichtsrates; Veräußerung von Gesellschaftsgrundstücken; Erhöhung des Aktienkapitals durch Ausgabe von Vorzugsaktien; Herabsetzung des Kapitals durch Zusammenlegung; Erhebung von Ansprüchen aus der Gründung.

Ist der Zweck nicht gehörig bekanntgemacht, so ist der Beschluß ungültig und anfechtbar (vergl. § 24 zu Art. 224).

Die Kraft einer ordnungsmäßigen Berufung kann wieder aufgehoben werden durch Hinzufügungen, welche die Vorbedingungen der Ausübung des Stimmrechtes in statutenwidriger Weise beschränken; ein solcher Umstand kann die Wirkung äußern, daß von einer Ordnungsmäßigkeit der Berufung nicht mehr die Rede ist und die Aktionäre berechtigt sind, solcher Berufung die Beachtung zu versagen (vergl. Bolze 4, Nr. 808).

b) Die Bekanntmachung der Tagesordnung muß bei der Einberufung der Generalversammlung erfolgen, also gleichzeitig mit derselben (Motive zum Aktiengesetz von 1884, S. 353). Diese Anordnung kann durch Statuten nicht beschränkt werden (Renaud, S. 429). Auf diesem Standpunkte steht auch § 40, Abs. 8 A. Reg. Das Aktienregulativ enthält keinen Widerspruch, wenn es im § 40, Abs. 5 einer Minderheit der Aktionäre das Recht gewährt, zu verlangen, daß bestimmte Gegenstände in die Tagesordnung der nächsten Generalversammlung aufgenommen werden; denn die Minderheit muß dieses Begehren vor Verlautbarung der Einberufung stellen (vergl. § 8 zu Art. 237). § 4.

c) Jederzeit, also auch bei der ordentlichen Generalversammlung, deren Tagesordnung zwar stereotyp ist (Vorlegung der Bilanz, Entlastung, Dividendenbeschluß), aber jedesmal publiziert werden muß. § 5.

3. (Abs. 3.) **Ohne Beschlußfassung können Anträge gestellt und Verhandlungen gepflogen werden, ohne daß es der Publikation bedarf.** Das Gesetz hat dabei besonders Beschwerden und Aussprachen der Aktionäre im Auge. Die einmal berufene Generalversammlung hat zur Besprechung von Gesellschaftsangelegenheiten Gelegenheit geboten und diese soll den Aktionären nicht wieder von Gesellschaftsorganen, denen diese Besprechung vielleicht unbequem ist, genommen werden durch den Hinweis darauf, daß der Gegenstand der Besprechung nicht publiziert sei. § 6.

Zusatz 1. Folgen der nicht ordnungsmäßigen Berufung. Hier ist zu unterscheiden der Fall der Berufung durch ein unzuständiges Organ und der Fall der ordnungswidrigen Berufung durch das zuständige Organ. § 7.

Im ersteren Falle liegt eine Generalversammlung überhaupt nicht vor, weil auch eine Berufung nicht vorliegt (vergl. Petersen und Pechmann, S. 219). Beschlüsse, die trotzdem in einer solchen Versammlung gefaßt sind, sind ungültig, brauchen nicht angefochten zu werden und werden durch unterlassene Anfechtung nicht gültig.

Hat aber das zuständige Organ berufen, so ist die Generalversammlung zwar auch ungültig, aber eine solche Versammlung gilt doch immerhin als Generalversammlung. Die in ihr gefaßten Beschlüsse unterliegen jedoch der An-

Digitized by Google

fechtung. Immerhin ist Ring (Anm. 6) zuzustimmen, daß außerdem jedenfalls eine solche Einberufung vorliegen muß, welche allen Beteiligten die Möglichkeit einer Teilnahme gewährt hat. Andernfalls liegt eine Generalversammlung überhaupt nicht vor.

Bei Beschlüssen, die der Eintragung bedürfen, liegt die Sache noch anders. Hier hat der Registerrichter das selbständige Prüfungsrecht der Gültigkeit der Beschlüsse und dazu gehört auch die Prüfung, ob die Generalversammlung, in welcher die Beschlüsse gefaßt sind, gehörig einberufen ist. Er hat die Eintragung abzulehnen, wenn er in dieser Hinsicht einen Mangel entdeckt. Die unterlassene Anfechtung durch die Aktionäre bindet ihn nach unserer, allerdings von der herrschenden Ansicht abweichenden Auffassung nicht (vergl. § 34 zu Art. 224).

§ 9. **Zusatz 2. Wer den Vorsitz in der Generalversammlung führt und nach welchen Regeln derselbe die Generalversammlung zu leiten hat,** hat das Gesetz nicht bestimmt.

1. Wer hat den Vorsitz zu führen? Fast durchgängig ist in den Statuten der Vorsitzende des Aufsichtsrates oder des Vorstandes zum Leiter der Generalversammlung bestimmt. Nach § 46 A. Reg. muß das Statut über diesen Punkt eine Bestimmung treffen. Enthält das Statut keine Bestimmung, so hat die Generalversammlung einen Vorsitzenden zu wählen (vergl. Behrend, S. 822). Ebenso wenn der statutarische Vorsitzende verhindert ist oder sich weigert, den Vorsitz zu führen. Es kann nicht etwa der statutarische Vorsitzende einen anderen substituieren. Dadurch, daß der Antrag sich gegen ihn richtet, wird er nicht unfähig, den Vorsitz zu führen.

§ 9a. 2. Zur Verhandlung in der Generalversammlung ist erforderlich, daß Anträge gestellt werden. Die Publikation der Tagesordnung ist nicht Antragstellung, sondern Ankündigung derselben, auch dann, wenn sie in die Form eines bestimmten Antrages gefaßt ist (OLG. Köln in GZ. 37, S. 553). Innerhalb der Tagesordnung können beliebige Anträge gestellt werden. Wenn z. B. die Tagesordnung lautet: Entlassung eines Direktors, so kann, auch wenn der Direktor Schulze damit gemeint war, doch in der Versammlung beantragt werden, den Direktor Müller zu entlassen. Auch wenn die Tagesordnung die Form eines bestimmten Antrages hatte, können Anträge, die ihn modifizieren oder ergänzen (Amendements), gestellt werden (OLG. Köln a. a. O.; Lehmann-Ring I., S. 50 ff.; Behrend, S. 822, Anm. 23). Innerhalb der Tagesordnung und ehe der betreffende Punkt verlassen ist, kann auch ein gestellter, aber zurückgenommener Antrag von demselben oder einem anderen Aktionär wieder aufgenommen werden (anders Ring, Anm. 4). Ist dagegen über einen Antrag Beschluß gefaßt, so ist der betreffende Punkt der Tagesordnung erledigt und es kann ein Wiederaufhebungsantrag nicht in derselben Sitzung zugelassen werden. Das bedarf vielmehr erneuter Ankündigung.

§ 9b. 3. Die Leitung der Versammlung.

a) Zunächst ist zu betonen, daß der Vorsitzende nur die Verhandlungen zu leiten und dahin zu wirken hat, daß ordnungsmäßig beraten und beschlossen wird. Dagegen steht ihm nicht die Befugnis zu, die Verhandlung eigenmächtig zu vertagen oder zu schließen. Will er die Verhandlung nicht mehr leiten, so mag er den Vorsitz niederlegen und die Versammlung wählt einen anderen Vorsitzenden (vergl. § 9). Nimmt

Digitized by Google

er überhaupt nicht teil, so liegt darin noch nicht eine Zurücknahme der Berufung (vergl. § 8 zu Art. 237). Er darf auch nicht die Verhandlung oder Abstimmung über einen Antrag ablehnen, weil er ihn für unbegründet hält.

b) Nach welchen Regeln hat die Leitung zu erfolgen? In erster Linie entscheidet hierüber der Gesellschaftsvertrag. Aber bei dem empfindlichen Mangel, welchen die Statuten der Aktiengesellschaften in dieser Hinsicht aufweisen, fragt es sich, was sonst maßgebend ist für die Leitung der Versammlung. Behrend (S. 822) gibt hierauf die Antwort: § 9c.

„Eventuell ist auf die allgemeinen Grundsätze über die Handhabung parlamentarischer Versammlungen zurückzugehen."

Bei der Wichtigkeit dieser Frage ist diesem Ausspruche näher zu treten.

Es fragt sich: α) Ist es zutreffend, daß subsidiär die allgemeinen parlamentarischen Regeln in Anwendung zu bringen sind? β) Kraft welcher Rechtsquelle sollen dieselben gelten? γ) Welche Regeln sind als allgemeine parlamentarische Regeln anzuerkennen? δ) Kann auf die Verletzung der allgemeinen parlamentarischen Regeln die Anfechtungsklage gestützt werden?

Zu α) Es ist zutreffend, daß eventuell die allgemeinen parlamentarischen Regeln für die Leitung der Generalversammlung anzuwenden sind (zust. Sueß in JBl. 1900, Nr. 23). Zunächst muß ein Recht der Aktionäre auf Verhandlung, nicht bloß auf Beschlußfassung angenommen werden. Der Abs. 2 des vorliegenden Artikels ergibt, daß die Einladungen zur Generalversammlung nicht bloß zum Zwecke der Beschlußfassung, sondern auch zum Zwecke der Verhandlung erfolgen (vergl. auch RG. 36, S. 26). Ist dies aber der Fall, so muß weiter angenommen werden, daß nach allgemeinen parlamentarischen Regeln verhandelt werden muß. Denn irgendeine Ordnung muß herrschen, der Vorsitzende soll nicht nach Willkür, sondern nach Gerechtigkeit leiten. Soll aber irgendeine Ordnung herrschen, so kann es nur diejenige sein, welche sich aus der Übertragung von allgemeinen parlamentarischen Regeln ergibt, das heißt von Regeln, die als selbstverständliche Gebote der Ordnung und Gerechtigkeit in den offiziellen Parlamenten und bei sonstigen Vereinen, in denen parlamentarisch verhandelt wird, zu betrachten sind, sich als solche bewährt haben und unseren an parlamentarische Verhandlungen gewöhnten Bürgern gewissermaßen in Fleisch und Blut übergegangen sind. So kann auch derjenige, der Gelegenheit hat, Generalversammlungen beizuwohnen, beobachten, wie die Versammlung sich immer dann beugt, wenn der Vorsitzende eine allgemeine parlamentarische Regel zur Anwendung bringt, und unwillig wird, wenn eine solche verletzt wird. Das Reichsgericht (RG. 36, S. 24) steht auf einem hievon prinzipiell verschiedenen Standpunkte: es stellt den Grundsatz auf, daß der Vorsitzende (und auch die Generalversammlung) die Grenzen der Diskussion nicht so eng ziehen darf, daß dadurch eine sachgemäße Erörterung unmöglich gemacht wird. Es hat hienach der Vorsitzende (eventuell die Generalversammlung) diejenigen Grenzen innezuhalten, welche in jedem einzelnen Falle für eine sachgemäße Erörterung geeignet erscheinen; wird hiegegen verstoßen, so ist dies eine Gesetzesverletzung, welche zur Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses führt. Allein ob eine Maßregel im gegebenen Falle die sachgemäße § 9d.

Digitized by Google

Erörterung unmöglich macht, entzieht sich jeglicher Nachprüfung. In jenem Falle war die Redezeit eines jeden Aktionärs von vornherein auf zehn Minuten festgesetzt. Ob diese Redezeit für den damaligen Fall ausgereicht hat, läßt sich mit irgendwelcher Sicherheit überhaupt nicht ermessen. Auch entspricht eine solche Prüfung von Fall zu Fall nicht dem Rechtsbewußtsein der betreffenden Interessentenkreise. Vielmehr wird in diesen nichts weniger, aber auch nichts mehr verlangt, als daß die allgemeinen parlamentarischen Regeln angewendet werden. Innerhalb derselben kann der Vorsitzende sein Ermessen walten lassen. Wenn dasselbe die sachgemäße Erörterung nicht gefördert hat, so wird dies als Ungeschick, aber nicht als Ungerechtigkeit, als Gesetzesverletzung betrachtet, wenn nur, wie gesagt, die allgemeinen parlamentarischen Regeln beachtet sind.

§ 9e. Zu β) Kraft welcher Rechtsquelle gelten die allgemeinen parlamentarischen Regeln? Wird die Geltung der allgemeinen parlamentarischen Regeln für die Generalversammlungen angenommen, so kann die Rechtsquelle dieser Geltung nur ein Handelsgebrauch nach Art. 1, ein Handelsgewohnheitsrecht sein. Man könnte auch an einen Handelsgebrauch nach Art. 279 denken. Doch wäre dieser Gedanke um deshalb verfehlt, weil die Geltung auch da anzunehmen ist, wo der Gesellschaftsvertrag kein Handelsgeschäft ist, überdies ist den parlamentarischen Regeln jeder unterworfen, auch der, der den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen hat, auch ohne seinen Willen, selbst gegen seinen Willen (vergl. § 8 zu Art. 1).

§ 9f. Zu γ) Welche Regeln sind als parlamentarische Regeln anzuerkennen? Bei der Beantwortung dieser Frage muß mit größter Vorsicht verfahren werden. Es dürfen nur solche in unseren Vertretungskörpern geltende Grundsätze übertragen werden, welche ihren Grund lediglich in den Geboten der Ordnung und Gerechtigkeit haben und die derart beschaffen sind, daß man sagen kann: eine andere Regelung der betreffenden Frage sei schlechterdings nicht möglich. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man folgende allgemeine parlamentarische Regeln aufstellen:

§ 9g. *αα*) Kein Mitglied der Versammlung darf sprechen, ohne vorher das Wort verlangt und vom Vorsitzenden erhalten zu haben (§§ 6 und 52 der Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, § 29 der Geschäftsordnung für den niederösterreichischen Landtag). An der Anerkennung dieser Regel als allgemeiner parlamentarischer Regel ist nicht zu zweifeln. Die Folge ist, daß eine Anfechtung des Beschlusses darauf nicht gestützt werden kann, daß der Vorsitzende jemandem zu reden nicht gestattet, der sich nicht zum Worte gemeldet hat (vergl. zu § 9 r).

§ 9h. *ββ*) Der Vorsitzende hat demjenigen das Wort zu erteilen, welcher nach Eröffnung der Diskussion zuerst darum nachsucht. Diese reine Prioritätsordnung muß überall dort gelten, wo etwas anderes nicht vorgeschrieben ist. Sie gilt im niederösterreichischen Landtage (§ 29, Abs. 1), im österreichischen Abgeordnetenhause aber nur für Redner, die sich nach Eröffnung der Sitzung zum Worte gemeldet haben (§ 53), während die Redner, die sich bereits vor Beginn der Sitzung in die Rednerliste haben eintragen lassen, zwar nach der Reihenfolge der Ein-

Digitized by Google

schreibung gehört werden, aber so, daß die Redner „dagegen" und die Redner „dafür" abwechseln (§ 52). Aber, wie gesagt, jede Abweichung von der reinen Prioritätsordnung kann nur da gelten, wo sie angeordnet ist; denn jede Abweichung ist Willkür und kann zu Ungerechtigkeiten führen. Wird dies als allgemeine parlamentarische Regel anerkannt, so ist der Vorsitzende nicht befugt, irgendeine andere Reihenfolge walten zu lassen, als die nach der Anmeldung, damit er nicht durch eine geschickte Reihenfolge der Reden die Entschließung beeinflusse. Jede Verletzung dieser Regel würde die Anfechtung begründen (vergl. zu § 9 r).

Der Vorsitzende darf dem Redner auch nicht willkürlich das Wort entziehen. Er kann ihm gebieten, sich innerhalb des parlamentarischen Anstandes zu bewegen, und dann, wenn diese Ermahnung nicht hilft, ihm das Wort entziehen (Abgeordnetenhaus § 56, niederösterreichischer Landtag § 37). Verletzung dieser Regel begründet die Anfechtung (§ 9 r), die sich aber nur auf reine Willkür stützen kann, eine Nachprüfung des Ermessens des Vorsitzenden findet nicht statt.

γγ) Will der Vorsitzende selbst an der Debatte teilnehmen, so muß er den Vorsitz niederlegen. Das gilt allgemein (Abgeordnetenhaus § 54, niederösterreichischer Landtag § 31) und darf als allgemeine parlamentarische Regel angesehen werden, weil es mit der Stellung des unparteiischen Leiters der Versammlung unverträglich ist, in die Diskussion einzugreifen, so Partei zu ergreifen und dadurch das Vertrauen in seine Unparteilichkeit zu erschüttern. An der Abstimmung aber darf er sich beteiligen. **§ 9i.**

δδ) Persönliche Bemerkungen sind erst am Schlusse gestattet. Dies muß, obwohl § 36 der Geschäftsordnung für den niederösterreichischen Landtag gerade umgekehrt zur persönlichen Bemerkung stets das Wort gestattet, dennoch als derart selbstverständliche allgemeine parlamentarische Regel betrachtet werden, daß die Übertragung auf die Generalversammlung unbedenklich ist. Unter persönlichen Bemerkungen sind solche zu verstehen, welche zur Abwehr eines persönlichen Angriffes dienen. Sie gehören ihrer Natur nach nicht zur Sache, stören die Verhandlungen, weil sie zu leidenschaftlicher Erregung führen, und sind deshalb an den Schluß zu verweisen. **§ 9k.**

εε) Zu Bemerkungen zur Geschäftsordnung ist jederzeit das Wort zu erteilen. Sie würden sonst ihren Zweck verfehlen (vergl. niederösterreichischer Landtag § 36). **§ 9l.**

ζζ) Schluß der Debatte. Tritt derselbe nicht von selbst ein, so entsteht die Gefahr, daß die Abstimmung unmöglich gemacht wird durch immerwährendes Reden. Hier muß es als allgemeine parlamentarische Regel gelten, daß zwar nicht der Vorsitzende, wohl aber die Versammlung auf den Antrag eines ihrer Mitglieder beschließen kann, daß die Debatte geschlossen werde, ehe die Rednerliste erschöpft ist. Dem Zwecke einer solchen Regel nach kann es auch nicht gestattet werden, für oder gegen den Schlußantrag zu sprechen, sonst würde sich hieraus eine Schraube ohne Ende ergeben (vergl. Abgeordnetenhaus § 59, niederösterreichischer Landtag § 35). **§ 9m.**

Digitized by Google

§ 9n. ηη) Von mehreren Anträgen ist der weitergehende zur Abstimmung zuerst zu stellen. Diese Regel liegt in der Natur der Sache und gilt allgemein, auch dort, wo sie nicht in die Geschäftsordnung ausdrücklich aufgenommen ist. Dabei ist der Antrag auf Vertagung immer der weitestgehende.

§ 9o. ϑϑ) Es muß in freier Rede gesprochen werden. Auch das gilt als allgemeine parlamentarische Regel; die Ausnahmen, die § 55 der Geschäftsordnung für das Abgeordnetenhaus und § 38 der Geschäftsordnung für den niederösterreichischen Landtag zulassen, sind auf die Generalversammlung nicht anwendbar. Es kann nicht gestattet sein, große Abhandlungen am Studiertische auszuarbeiten und sie alsdann der Versammlung vorzulesen. Das ist keine Verhandlung, darunter wird gemeiniglich ein freies Aussprechen verstanden.

§ 9p. ιι) Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates können keineswegs verlangen, daß ihnen jederzeit das Wort erteilt wird. Die Analogie mit den Vertretern der Regierung in den Vertretungskörpern (vergl. Abgeordnetenhaus § 55 g, niederösterreichischer Landtag § 32) ist nicht gestattet. Diese letzteren sind die koordinierten Vertreter einer Körperschaft, welche gleich dem Parlament zur Wahrung des Volkswohles berufen ist und die darüber wachen soll, daß die Beratungen der Parlamente zum gedeihlichen Ziele führen. Vorstand und Aufsichtsrat aber sind der Generalversammlung subordinierte Organe, und es ist der Versammlung keineswegs zuzumuten, daß sie sie anhören müsse.

§ 9q. κκ) Die Entscheidungen des Vorsitzenden sind definitiv (vorbehaltlich der Anfechtung — vergl. zu § 9r). Keineswegs kann (im Gegensatze zu unserer 1. Auflage) angenommen werden, daß die Anordnungen des Vorsitzenden nur provisorisch seien und man stets das Recht habe, an die Versammlung selbst zu appellieren. Denn das würde darauf hinauslaufen, daß über die Leitung der Geschäfte die Majorität entscheidet. Ist es aber schon nicht zu umgehen, daß bei der Abstimmung die Macht entscheidet, so soll doch wenigstens bei der Verhandlung selbst die Gerechtigkeit entscheiden. Dies durch eine unparteiische Leitung zu bewirken, ist die Funktion des Vorsitzenden, der die Minderheit gegen die Majorität gerade schützen soll. Der Grundsatz, daß an die Versammlung (in der Regel) nicht appelliert werden kann, besteht auch, obwohl ungeschrieben, in den Vertretungskörpern; ihn auf die Generalversammlung zu übertragen, ist umso unbedenklicher, als ja hier das Recht der Anfechtung besteht (vergl. § 9).

§ 9r. Zu δ) Kann auf die Verletzung der allgemeinen parlamentarischen Regeln die Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse der Generalversammlung gestützt werden? Das muß bejaht werden, nachdem wir uns dafür entschieden haben, daß diese Regeln kraft Gewohnheitsrechtes gelten (oben zu § 9e; vergl. auch § 24 zu Art. 224). In dieser Anfechtungsmöglichkeit liegt das Schwergewicht dieser ganzen Frage und das wichtigste Ergebnis unserer Untersuchung.

§ 9s. 4. Die Verhandlung kann durch Majoritätsbeschluß auch vertagt werden (Ring, Anm. 8).

Digitized by Google

5. Das Statut kann selbstverständlich überall anders bestimmen. Alsdann kann auch die Generalversammlung hieran nichts ändern. § 9t.
6. Über Abstimmungsregeln vergl. §§ 6 ff. zu Art. 224. § 9u.

Zusatz 3. Über den Ort der Generalversammlung sagt das Gesetz gleichfalls nichts. Die Statuten enthalten aber darüber gewöhnlich ausreichende Bestimmungen. Daß die Statuten notwendig einen Ort im Gerichtssprengel des Gesellschaftssitzes bestimmen müssen, wie Völderndorff (im Archiv für bürgerliches Recht 4, S. 170) annimmt, ist gesetzlich nicht begründet. Der Privatautonomie ist vielmehr keine Schranke gesetzt (so auch § 40, Abs. 10 A. Reg.). Nur wird man annehmen müssen, daß ein Ort im Inlande gewählt sein muß, schon deshalb, weil sonst die oft notwendige gerichtliche oder notarielle Form nicht beobachtet werden kann. Denn damit sind Urkunden inländischer Beamten gemeint (zust. Lehmann-Ring I., S. 505). Hat das Statut keinen Ort bestimmt, so ist damit nicht gemeint, die Gesellschaftsorgane können die Aktionäre an einen beliebigen Ort berufen. Vielmehr ist das Schweigen dahin auszulegen, daß der Gesellschaftssitz der Ort der Generalversammlung sein soll (so auch § 40, Abs. 10 A. Reg.; ebenso § 36, Abs. 1 GmbHG.; dagegen Lehmann II., S. 172). Delegation der Bestimmung an Vorstand oder Aufsichtsrat ist zulässig. § 10.

Artikel 239.

Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden. Er muß den Aktionären spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorlegen.

Zur Entlastung des Vorstandes bei Legung der Rechnungen können Personen nicht bestellt werden, welche auf irgendeine Weise an der Geschäftsführung teilnehmen.

Dieses Verbot bezieht sich nicht auf die Personen, welchen die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht.

Der Artikel enthält die Verpflichtungen des Vorstandes in Bezug auf die Buchführung und in Bezug auf die Vorbereitung der Bilanzprüfung (Abs. 1) **und Bestimmungen über die Entlastung des Vorstandes** (Abs. 2 und 3). Keine Bestimmung enthält der Artikel über Inhalt und Aufstellung der Bilanz und die von der Entlastung des Vorstandes verschiedene Genehmigung der Bilanz; hierüber soll in den Zusätzen zu diesem Artikel gehandelt werden.

1. (Abs. 1.) **Die Verpflichtungen des Vorstandes in Bezug auf die Buchführung.** § 1.
   a) **Der Vorstand ist verpflichtet.** Es handelt sich hier um eine gesetzliche Verpflichtung, welche dem Vorstande als solchem obliegt. Statuten, Dienstverträge oder Generalversammlungsbeschlüsse vermögen an dieser gesetzlichen Verpflichtung insoweit nichts zu ändern, als die kriminelle Verantwortlichkeit in Frage ist. Diese verbleibt vielmehr immer bei allen Mitgliedern des Vorstandes (Plenarurteil des Reichsgerichtes in Strafsachen 13, S. 235; vergl. ebenda S. 358). Doch wird eine Geschäftsverteilung nicht immer ohne Einfluß sein, da dem zur Führung der Bücher Verpflichteten immerhin auch der Strafbehörde gegenüber der Entschuldigungsbeweis offensteht, daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen ist, der gesetzlichen Verpflichtung zu genügen. Ist

Digitized by Google

z. B. das von der Buchführung entlastete Vorstandsmitglied über die ordnungsmäßige Buchführung getäuscht worden, so kann dies Straffreiheit zur Folge haben (vergl. § 1 zu Art. 28). Überall ist aber dabei festzuhalten, daß dem Vorstande nicht etwa zur Pflicht gemacht ist, die Bücher eigenhändig zu führen. Er hat nur dafür „Sorge zu tragen", daß sie ordnungsmäßig geführt werden.

§ 2. b) **Die erforderlichen Bücher der Gesellschaft müssen geführt werden.** Dazu gehören vor allem die Handelsbücher, welche jeder Kaufmann führen muß. Denn nur auf Aktiengesellschaften, welche Handelsgesellschaften sind, bezieht sich der vorliegende Artikel und diese haben daher nach Art. 5 die Pflichten eines Kaufmannes zu erfüllen. Bei Aktiengesellschaften tritt bei Namenaktien hinzu das Aktienbuch, welches jedoch nicht als Handelsbuch zu betrachten ist, da es nicht zur Herstellung der Vermögensübersicht gehört (R. Beigel, Das Buchführungsrecht der Aktiengesellschaften, S. 3), und ferner die Aufbewahrung der Zeichenscheine, Generalversammlungsbeschlüsse usw. Es gehören diese Urkunden zu den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen nach Art. 32. Was die Führung der Handelsbücher insbesondere anbetrifft, so sind die Vorschriften der Art. 28 ff. hieher zu übertragen:

§ 3. α) Art. 28. Derselbe ist voll und ganz anwendbar. über Zahl und Art der Geschäftsbücher ist auch hier nichts Besonderes vorgeschrieben. Allein da bei Aktiengesellschaften eine Reingewinnverrechnung unbedingt notwendig ist, auch vorgeschrieben in § 49, Abs. 2 A. Reg., diese bloß bei doppelter Buchführung möglich ist, so liegt darin implicite das Gebot der doppelten Buchführung (vergl. § 2 zu Art. 28; Reisch und Kreibig II., S. 3; anders Behrend, § 129; Lehmann II., S. 287). Übrigens setzt das PersStG. v. 25. Okt. 1896 RGBl. Nr. 220, bei allen der öffentlichen Rechnungslegung unterworfenen Unternehmungen, wozu nach § 83, I a des Gesetzes auch die von Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmungen gehören, die doppelte Buchführung woraus (Reisch und Kreibig I., S. 5).[1])

Über die Gewinn- und Verlustrechnung vergl. unten § 9.

§ 4. β) Art. 29. Auch die Aktiengesellschaft hat Inventur und Bilanz anzufertigen, zuerst die Eröffnungsbilanz und dann alljährlich.[2])

Die Eröffnungsbilanz ist in dem Augenblicke aufzustellen, in welchem die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft beginnt, das heißt an dem Tage der Eintragung (vergl. RG. in Strafsachen 29, S. 223). Den Stand des Vermögens an diesem Tage muß die Eröffnungsbilanz ersehen lassen. Hiegegen fehlen die Aktiengesellschaften oft; z. B. wenn das Geschäft schon im Stadium der Gründung begonnen war (vergl. RG. in Strafsachen 29, S. 223). In Einbringungs- und Übernahmsverträgen wird ferner oft ein bestehendes Geschäft derart erworben, daß dasselbe als von einem früheren Zeitpunkte an für Rechnung der Gesellschaft geführt gilt. Z. B. der Erwerbsvertrag wird am 1. Juni 1891 abgeschlossen, aber auf Grundlage der Bilanz pro 31. Dez. 1890. Von da ab soll das Geschäft

[1]) Pappenheim bei Holdheim 8, S. 1 ff., empfiehlt die Verpflichtung der Aktiengesellschaft zur doppelten Buchführung gesetzlich auszusprechen.

[2]) Eine Genehmigung der Eröffnungsbilanz durch die Generalversammlung ist nicht geboten. Doch ist die Generalversammlung nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres selbstverständlich an die Ansätze der Eröffnungsbilanz nicht gebunden.

Digitized by Google

als für Rechnung der künftigen Gesellschaft geführt gelten.[3]) Die in solchen Fällen in dem Prospekt veröffentlichte und demnächst in die Bücher eingetragene Einstandsbilanz deckt sich nach der Übung der Aktiengesellschaften mit der Bilanz des Geschäftsvorgängers pro 31. Dez. 1890. Das ist nicht richtig. Vielmehr muß am Tage der Eintragung ein neues Inventar und eine neue Bilanz aufgenommen werden, die dann die Eröffnungsbilanz bildet. Es kann dies im Einzelfalle wesentliche Unterschiede besonders für die Gewinnverteilung zur Folge haben. Es kann z. B. in der Zwischenzeit zwischen dem 1. Jän. bis zum 1. Juli, wo die Gesellschaft eingetragen wird, ein Gewinn erzielt sein. Dieser darf aber nicht als Gewinn gebucht werden. Nur was die Gesellschaft selbst während ihrer Existenz an Gewinn erzielt hat, kann als solcher gebucht und verteilt werden. Die Bilanz pro 31. Dez. 1890 hat in solchem Falle nur die Grundlage der Preisberechnung abgegeben. Das verkaufte Geschäft ist in Wahrheit das Geschäft, wie es sich zur Zeit der Übergabe stellt. Ist diesem Objekte in der Zwischenzeit etwas zugewachsen, so ist eben das Objekt wertvoller, billiger geworden, aber es darf nur zu dem vertragsmäßig stipulierten Erwerbspreise in die Bilanz eingestellt werden (überall zust. OLG. Jena bei Holdheim II., S. 219).

Über die alljährliche Ziehung der Bilanzen vergl. § 2 zu Art. 29 und über den materiellen Inhalt der jährlichen Bilanz Zusatz 1 zu diesem Artikel.

γ) Art. 30. Die Pflicht der Unterzeichnung liegt hier den Vorstands- § 5.
mitgliedern ob, und zwar sämtlichen (vergl. § 1 zu Art. 30; insbesondere Entscheidungen des RG. in Strafsachen 7, S. 87 und 8, S. 424).

δ) Art. 31. Hierüber vergl. Zusatz 1 zu diesem Artikel.

ε) Art. 32 bis 40 sind analog anwendbar.

2. **Die Vorbereitung der Bilanzprüfung.** Die hier aufgestellte Pflicht der § 6.
Vorstandsmitglieder ist eine wesentlich verschiedene von der in Abs. 1 erwähnten. Es handelt sich hier nicht um eine Präzisierung der Pflichten des Vorstandes in Bezug auf die Bilanzaufstellung. Vielmehr gelten für die Aufstellung der Bilanz die allgemeinen Pflichten jedes Kaufmannes. Insbesondere ist dieselbe so zeitig aufzustellen, als dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt (vergl. § 2 zu Art. 29). Hier handelt es sich um die Pflichten des Vorstandes, die dieser darüber hinaus gegenüber den Aktionären hat, um diesen die wichtigste Teilnahme an der Geschäftsführung, die Kontrolle derselben, zu ermöglichen. § 7.

a) Die Zeit der Vorlegung. Sie muß erfolgen in den ersten sechs Monaten des Geschäftsjahres. Nach Art. 249, Abs. 2, Z. 2 sollte es den Landesgesetzen vorbehalten bleiben, zu gestatten, daß das Statut die sechsmonatliche Vorlagefrist auf zwölf Monate verlängert. § 35 EinfG. zum HGB. hat von diesem Vorbehalte in der Weise Gebrauch gemacht, daß es der Verwaltungsbehörde im einzelnen Falle überlassen bleibt, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob einem Statute, welches eine zwölfmonatliche Vorlagefrist für die Bilanz festsetzt, die staatliche Genehmigung zu erteilen ist. Nach dem Aktienregulativ (§ 50, Abs. 1)

[3]) Ein solcher Fall lag auch den Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes bei Budwinski 6779, 7029 zugrunde.

Digitized by Google

wird die Verwaltungsbehörde eine solche statutarische Fristverlängerung nur ausnahmsweise gestatten. Auf die Aufstellung der Bilanz beziehen sich diese Fristen nicht (anders § 22, Abs. 2 GmbHG.). Die Aufstellung muß so zeitig erfolgen, wie dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt (vergl. oben § 6; ebenso § 49, Abs. 2 A. Reg.). Geriete daher die Gesellschaft in den ersten zwei Monaten in Konkurs und die Bilanz wäre, obgleich dies nach der Sachlage sehr wohl möglich, nicht aufgestellt, so wären die Vorstandsmitglieder verantwortlich. Auch die Vorlegung der Bilanz bezieht sich nur auf die Generalversammlung. Vorher muß sie schon dem Aufsichtsrate vorgelegt sein. Dieser wird übrigens die Vorlegung verlangen können sofort nach der Fertigstellung, bezw. so schnell, als die Fertigstellung möglich sein wird. Das folgt aus seiner allgemeinen Überwachungspflicht (Art. 225).

Spätestens innerhalb sechs, bezw. zwölf Monaten muß die Vorlegung an die Generalversammlung erfolgt sein. Daraus folgt gleichzeitig die Anberaumung der ordentlichen Generalversammlung als absolute Pflicht, von welcher auch das Statut nicht befreien kann. Es handelt sich hier um ein Gebot öffentlich-rechtlicher Natur. Die Vorlegung an die Generalversammlung schließt auch die Verpflichtung in sich, die Ansätze der Bilanz in der Generalversammlung sachgemäß zu erläutern. Wird ein wirklich unklarer Punkt trotz Verlangens eines Aktionärs nicht aufgeklärt, so liegt darin die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht, welche zur Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses führt (ähnlich RG. 34, S. 58).

§ 8. b) Den Gegenstand der Vorlegungspflicht bildet nach dem Handelsgesetzbuche lediglich die Bilanz. Es genügt nach dem Gesetze die Vorlage einer in der geschäftsüblichen Weise nach den allgemeinen Konten aufgemachten Bilanz. Gesetzliche Normierung einer weitergehenden Vorlagepflicht wurde auf der Konferenz abgelehnt (P. 4544; Renaud, S. 498). Die Bilanz sowie alle Rechnungen sind zunächst den Aufsichtsrate oder den etwa bestellten Rechnungsrevisoren und mit deren Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen, sofern nicht das Statut eine andere Art der Vorlage anordnet (Renaud, S. 447, 495). Die genannten Kontrollorgane sind verpflichtet, die Bilanz zu prüfen und ihre Bemerkungen zu machen. Ein Zwang aber besteht nicht. Weigern oder verzögern sie die Erfüllung der Pflicht, so muß die Vorlage an die Generalversammlung gleichwohl erfolgen (Behrend, § 132, Anm. 4). Der Aufsichtsrat kann außerdem auch noch die Vorlegung der Inventur, wie überhaupt der Geschäftsbücher und aller Unterlagen verlangen (Art. 225). Desgleichen kann die Generalversammlung Vorlegung aller Geschäftsbücher an sie selbst oder an eine ad hoc gewählte Revisionskommission durch Beschluß anordnen (so die herrschende Lehre; a. M. Anton Arnold, Die Aufschlußpflicht von Aufsichtsrat und Vorstand, S. 63). Ein einzelner, wenn auch noch so stark beteiligter Aktionär als solcher kann dies natürlich nicht verlangen.

§ 9. Das Statut kann die Vorlagepflicht der Vorstandes erweitern und den Vorstand verpflichten, neben der Bilanz sämtliche anderen Jahresrechnungen und Belege der Generalversammlung vorzulegen. Das Aktienregulativ verlangt die Aufnahme derartiger Bestimmungen in das Statut. Nach § 49, Abs. 2 muß der Generalversammlung alljährlich neben der **Bilanz** eine **Betriebsrechnung** (Gewinn-

Digitized by Google

und Verlustkonto) vorgelegt werden (Bilanz und Betriebsrechnung zusammen bilden den Rechnungsabschluß) und nach § 50, Abs. 1 muß der Vorstand der Generalversammlung alljährlich einen **Rechenschaftsbericht** vorlegen.

§ 10. Die Betriebsrechnung insbesondere, deren Vorlegung dem Vorstande im Statute zur Pflicht gemacht werden muß, ist etwas von der Bilanz Verschiedenes.

In der Betriebsrechnung wird das Jahresergebnis der einzelnen Konten zusammengestellt, in der Bilanz die gesamten bisherigen Geschäftsergebnisse der einzelnen Konten.[4])

Wie kommt es nun aber, daß das Fazit der Betriebsrechnung bei der Aktiengesellschaft übereinstimmt mit dem Fazit der Bilanz, obwohl doch das Ergebnis eines Jahres nicht gleich zu sein braucht der Summe der gesamten bisherigen Geschäftsergebnisse? Das erklärt sich wie folgt:

Im ersten Jahre ist es selbstverständlich, daß die Endziffern jener beiden Berechnungen die gleichen sind: wenn das Geschäft erst ein Jahr besteht, so decken sich die Begriffe Jahresergebnis und Gesamtgeschäftsergebnis.

Die Betriebsrechnung des zweiten Jahres aber enthält nicht bloß das Jahresergebnis der einzelnen Konten, sondern nimmt außerdem als ersten Gewinnposten den etwa unverteilt gebliebenen Gewinnbestand des Vorjahres auf, als ersten Verlustposten den ungedeckt gebliebenen Verlust des Vorjahres. Mit mathematischer Notwendigkeit folgt hieraus, daß sich das Fazit der Betriebsrechnung des zweiten Jahres mit dem Bilanzfazit des zweiten Jahres deckt. Denn es ist rechnerisch dasselbe, ob man

1. einerseits (bei der Betriebsrechnung) das Jahresergebnis der einzelnen Konten zusammenstellt und diesen hinzurechnet den übriggebliebenen Wertüberschuß des Vorjahres, bezw. davon abzieht die ungedeckt gebliebenen Bedürfnisse des Vorjahres,
2. oder ob man einerseits (bei der Bilanz) die sämtlichen vorhandenen Werte und Bedürfnisse zusammenstellt.

Ebenso wird in den folgenden Jahren verfahren und deshalb haben die Betriebsrechnung einerseits und die Bilanz andrerseits immer notwendig dieselben Endziffern.

§ 11. Der wichtigste Bestandteil des Rechenschaftsberichtes ist der Verwendungsausweis, das ist der Ausweis über die Verwendung des Reingewinnes und die Behandlung des Reinverlustes (Reisch und Kreibig II., S. 68); dieser Ausweis hat, solange er von der Generalversammlung nicht genehmigt ist, bloß die Bedeutung eines Vorschlages. Daneben aber hat der Rechenschaftsbericht auch einen Geschäftsbericht zu enthalten. Dieser soll mit möglichster Offenheit ond ohne Schön- und Schwarzfärberei, möglichst objektiv und ohne Nebenansicht auf Kurs und eigene Verantwortlichkeit, nicht bloß die Ansätze der Bilanz erläutern,

[4]) Unter „Betriebsrechnung" ist nicht dasselbe zu verstehen wie unter „Jahresrechnungen", die das Handelsgesetzbuch in Art. 225 und das Aktienregulativ in § 37, Abs. 3, und § 39, Z. 2, erwähnt. Unter Jahresrechnungen sind vielmehr alle das ganze Gesellschaftsjahr umfassenden Rechnungen im Gegensatze zu den Monats-, Vierteljahrs- und Halbjahrsrechnungen zu verstehen. Als wichtigste der Jahresrechnungen ist bloß die Bilanz hervorgehoben. Wenn nun in den angeführten Gesetz- und Verordnungsstellen die Jahresrechnungen neben der Bilanz angeführt werden, so kann dies nur darin seinen Grund haben, daß der Generalversammlung nach dem Gesetze bloß die Feststellung der Bilanz zugewiesen ist, hiezu aber die Prüfung der Jahresrechnungen sachlich notwendig ist (Rehm, S. 795).

Digitized by Google

sondern alles enthalten, was für einen ordentlichen Geschäftsmann erforderlich erscheint, um den Männern, die ihm das Vertrauen der Verwaltung schenkten, die Geschäftslage darzulegen. Eingehende Bestimmungen über den Inhalt des Rechenschaftsberichtes der Versicherungsgesellschaften enthält § 34 Vers. Reg.

§ 12. c) Eine Veröffentlichung der Bilanz ist nicht vorgeschrieben (Rehm, S. 805). (§ 27 Vers. Reg. schreibt den Versicherungsgesellschaften die Veröffentlichung des Rechnungsabschlusses in gewissem Umfange vor.) Ebensowenig schreibt das Handelsgesetzbuch eine Vorlage der Bilanz an die Verwaltungsbehörde vor (Renaud, S. 499).[5]) Jedoch kann die Verwaltungsbehörde kraft ihres Aufsichtsrechtes eine solche Vorlage fordern (vergl. § 35 Vers. Reg.). Das Aktienregulativ enthält Vorschriften, die bezwecken, daß die Bilanz vor deren Genehmigung durch die Generalversammlung den einzelnen Aktionären zugänglich gemacht wird. So verlangt § 50, Abs. 2 A. Reg. die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß eine Ausfertigung des Rechenschaftsberichtes samt dem Gewinn- und Verlustkonto jedem Aktionär über Verlangen spätestens drei Tage vor dem Tage der Generalversammlung, von welcher über die Genehmigung Beschluß gefaßt werden soll, auszufolgen ist. Dazu kommt die allgemeine Vorschrift des § 41, wonach in das Statut eine Bestimmung aufzunehmen ist, daß jedem Aktionär auf Verlangen drei Tage vor dem Tage der Generalversammlung eine Ausfertigung der für die Generalversammlung vorbereiteten Anträge auszufolgen und jedem stimmberechtigten Aktionär in sämtliche für die Generalversammlung vorbereiteten Vorlagen und Belege in den Geschäftsräumen der Gesellschaft Einsicht zu gewähren ist, sofern dieses Verlangen spätestens drei Tage vor der Abhaltung der Generalversammlung gestellt wird.[6])

Durch die Aufnahme solcher Bestimmungen in das Statut werden für die Aktionäre unentziehbare Sonderrechte geschaffen, die mittels Klage und einstweiliger Verfügung geltend gemacht werden können. Die Verletzung dieser Rechte gewährt übrigens den betreffenden Aktionären auch das Recht, den Generalversammlungsbeschluß anzufechten (vergl. Behrend, § 132, Anm. 5; RG. bei Bolze 14, S. 494 d).

§ 13. d) **Von einer eigentlichen Rechnungslegungspflicht** kann beim Vorstande nur insoweit die Rede sein, als er selbst Geschäfte abgeschlossen hat und Verwahrer von Gesellschaftsvermögen gewesen ist. Aber auch in diesem Falle liegt prinzipiell seine Rechnungslegung in seiner Buchführung. Nur soweit diese nicht ausreicht, ist weitere Rechnungslegung seine Pflicht (ROHG. 25, S. 179), die natürlich nicht der einzelne Aktionär geltend machen kann (vergl. GlUNF. 2107). Ist weitere Rechnungslegung erforderlich, so kann er seine Kaution nicht früher zurückfordern, als bis er dieser Pflicht nachgekommen ist (ROHG. 24, S. 364).

§ 14. 3. (Abs. 2 und 3.) **Die Bestimmung, daß an der Entlastung des Vorstandes bei Legung von Rechnungen Personen nicht teilnehmen dürfen, welche an der Geschäftsführung der Gesellschaft irgendwie beteiligt sind,** entspringt aus der Natur der Sache. Diese Bestimmung ist allgemein und bezieht sich auf jede Mitwirkung bei der Entlastung. Es ist also

---

[5]) § 265 d. HGB. schreibt die Veröffentlichung der genehmigten Bilanz in den Gesellschaftsblättern vor. Vergl. auch § 22, Abs. 5 GmbHG.

[6]) Ähnliche Bestimmungen enthält § 263 d. HGB.

Digitized by Google

den an der Geschäftsführung beteiligten Personen nicht bloß das Stimmrecht in der Generalversammlung, die die Entlastung zum Gegenstande hat, entzogen, sondern diese Personen dürfen auch nicht als Revisoren der vom Vorstande gelegten Rechnungen fungieren (Renaud, S. 447). Das Nähere über die Entlastung des Vorstandes kann nur im Zusammenhange mit der Genehmigung der Bilanz erörtert werden; siehe daher unten §§ 25 ff.

Zusatz 1. Die Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz.[7])

1. **Besondere aktienrechtliche Bilanzvorschriften** enthält das Handelsgesetzbuch nicht. Die Statuten müssen über diesen Punkt Bestimmungen enthalten (Art. 209, Z. 6; § 49, Abs. 3 A. Reg.). Soweit das Statut keine Bestimmungen enthält, gelten die Vorschriften, welche für die Aufstellung der Bilanz durch einzelne Kaufleute bestehen (Lehmann II., S. 302; Reisch und Kreibig II., S. 10 ff.).[8]) Es ist daher auf die Ausführungen bei Art. 31 zu verweisen (vergl. auch Gutachten der Wiener Börsekammer zum Fragebogen P. 53). Der Zeitpunkt, welcher für die Bewertung maßgebend ist, ist der Zeitpunkt der Bilanzaufstellung. Dies folgt aus Art. 31 so auch § 49, Abs. 4 A. Reg., und § 33 Vers. Reg.). Entsprechender wäre es, den letzten Tag des Geschäftsjahres, für welches die Bilanz aufgestellt wird, als maßgebend zu erklären (Lehmann II., S. 308). Nach dem Marktpreis oder Kurswert des Tages der Bilanzaufstellung sind auch Waren und Effekten, die einen Marktpreis oder Kurswert haben, einzusetzen, auch wenn der Anschaffungspreis ein geringerer ist (hierüber näheres bei Reisch und Kreibig II., S. 16; anders nach § 261, Abs. 1 d. HGB.). Auch periodische Abschreibungen bei dauernden Anlagen nach gewissen Prozenten sind zulässig. Es steht in diesem Falle nichts entgegen, die Anlage zum Herstellungspreise in die Bilanz einzusetzen, wenn nur die Abschreibungen die faktische Wertverminderung wirklich zum Ausdrucke bringen. Das Aktienregulativ (§ 49, Abs. 5) erklärt eine derartige Statutenbestimmung für zulässig, verlangt aber auch, daß der Schlüssel, nach welchem die Abschreibungen vorzunehmen sind, im Statute anzugeben ist. Hiedurch erscheint die Bestimmung der Abschreibungsprozente der Generalversammlung entrückt. Nach der Bestimmung des Aktienregulativs müssen die Abschreibungen nicht bloß die Abnützung, sondern jede andere Wertverminderung, z. B. jene, die bei Patenrechten und anderen zeitlich beschränkten Rechten durch Ablauf eines Teiles der Existenzzeit des Rechtes von selbst eintritt, berücksichtigen (vergl. Reisch und Kreibig II., S. 17). Hiedurch erledigt sich auch das Bedenken Lehmanns (II., S. 305) gegen die entsprechende Bestimmung des § 261, Abs. 3 d. HGB., dessen Fassung allerdings dieses Bedenken rechtfertigt. **§ 14a.**

Die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktivum in der Bilanz erscheinen (vergl. § 7 GmbHG.; § 261, Abs. 4 d. HGB).

---

[7]) Literatur: Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften; Reisch und Kreibig, Bilanz und Steuer, II. Bd.; Seidler, Die Vermögensbewertung in den Bilanzen der Aktiengesellschaften in Z. für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung 1905, S. 400 ff.; Simon, Betrachtungen über Bilanzen und Geschäftsberichte der Aktiengesellschaften in Festgabe der Berliner juristischen Gesellschaft für Koch (1906), S. 379 ff.; R. Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind (Leipzig 1905, 1908).

[8]) Das d. HGB. enthält im § 261 eingehende Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz bei Aktiengesellschaften. De lege ferenda steht die Zweckmäßigkeit dieser Vorschriften nicht außer Zweifel (vergl. Lehmann a. a. O.; Reisch und Kreibig I., S. 259; Seidler a. a. O., S. 403).

Digitized by Google

Von den Verwaltungskosten versteht es sich von selbst, daß sie kein Aktivum sind. Dasselbe ist begrifflich von den Organisationskosten der Fall. Organisationskosten sind die Kosten der Ingangsetzung des Betriebes und deren Vorbereitung (ROHG. 20, S. 216). So wichtig und wertvoll es auch sein mag, diese Ausgaben zu machen, so sind sie doch nicht das, was man unter einem Aktivum versteht. Denn darunter kann man doch nur wirkliche Verkehrsobjekte verstehen (Lehmann II., S. 306).

Zu den Organisationskosten sind insbesondere zu zählen die Gründungsentschädigungen, Maklerprovisionen, Notariats- und Gerichtskosten, Stempel, Druckkosten für Prospekte usw.

Dasselbe gilt bei der bereits bestehenden Gesellschaft für die bei Einrichtung eines neuen Geschäftszweiges entstehenden Vorbereitungskosten.

Soweit aber durch die aufgewendeten Kosten der Organisation und Verwaltung Vermögensobjekte geschaffen sind, welche für den Geschäftsbetrieb von Wert sind, kommen sie bei Bemessung des Herstellungspreises in Betracht; denn unter dem Herstellungspreis ist nicht bloß der Betrag der Materialien und Löhne zu verstehen, sondern auch, wie Esser in GZ. 34, S. 327, richtig ausgeführt, derjenige Teil der allgemeinen Verwaltungskosten, der unmittelbar verwendet wurde zu den mit der Herstellung in Verbindung stehenden Aufwendungen und Leistungen: also die Ausgaben für die zur Aufsicht der Arbeiter bestimmten Personen, Meister, Techniker und Betriebsinspektoren; Versicherungsbeiträge; Unterhaltung der für die Herstellung der Waren erforderlichen Anlagen, Maschinen und Geräte (Rehm, S. 96; dagegen Lehmann II., S. 306); jedoch nicht die Ausgabe für die Schaffung des Unternehmens als solchen (Erwerbung der Absatzgelegenheit, Herstellung der erforderlichen Organisation der Produktion); die zuverlässige Feststellung, wann hier ein selbständiges Vermögensobjekt geschaffen worden ist, scheint nicht möglich; die Beurteilung der Existenz eines bilanzfähigen Aktivums kann nicht der bloß subjektiven Beurteilung des Bilanzlegers überlassen bleiben (vergl. Pisko, Unternehmen, S. 85; a. M. Rehm, S. 188).

Das Aktienregulativ (§ 51) gestattet in Berücksichtigung einer häufig geübten Praxis hinsichtlich bestimmter Organisationskosten, nämlich der bei der Gründung der Gesellschaft notwendigerweise zu leistenden Barauslagen (Druckkosten, Advokatengebühren usw.) und öffentlichen Abgaben, der sogenannten Gründungskosten, die Verteilung derselben auf eine im Statute zu bestimmende, höchstens mit fünf Jahren zu bemessende Zeit. Eine ähnliche Bestimmung enthält in Ansehung der Organisationskosten überhaupt § 21 Vers. Reg. für Versicherungsanstalten. Nach unserer oben entwickelten Ansicht bestehen gegen die Gültigkeit einer derartigen Statutenbestimmung Bedenken[9]), indes ist nicht anzunehmen, daß in der Praxis deren Gültig-

[9]) Das Aktienregulativ begeht bei der angeführten Bestimmung hauptsächlich den Fehler, daß es nicht zwischen den Organisationskosten, die zur Errichtung des Unternehmens und denen, die zur Errichtung der Aktiengesellschaft aufgewendet werden, unterscheidet. Bei letzteren, die ja bloß die Entstehung des Subjektes des Unternehmens vermitteln, ist die Schaffung eines selbständigen Aktivums von vornherein ausgeschlossen. Nichtsdestoweniger befürworten gesetzliche Regelung der Frage im Sinne der im Texte angeführten Bestimmung des A. Reg. die Gutachten der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer und der Wiener Börsekammer zu § 41 des Fragebogens.

Digitized by Google

keit bezweifelt werden wird (für die Zulässigkeit einer solchen Statutenbestimmung vom Standpunkte des Gesetzes Reisch und Kreibig II., S. 55). Nach einer solchen Statutenbestimmung dürfen in der Bilanz die Kosten, deren Amortisierung gestattet ist, als Aktiva gebucht und müssen durch Abschreibungen innerhalb des festgesetzten Zeitraumes getilgt werden (das Nähere über die Art der Buchung siehe bei Reisch und Kreibig a. a. O.).

2. **Die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften** oder die Frage, welche Folgen es hat, wenn die Bilanzvorschriften verletzt werden. Die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften ist zunächst hier dieselbe, wie die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften beim Einzelkaufmann (vergl. Einleitung zu Art. 28): eine durch Nichtbeachtung derselben verursachte Übersichtslosigkeit hat bei hinzutretendem Vermögensfall die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder zur Folge, wobei mit Neukamp in GZ. 48, S. 453, nicht „absolute Bilanzwahrheit", sondern nur Innehaltung der Maximalbewertungsvorschriften zu fordern ist; durch Bilanzansätze unter dem Werte wird das öffentliche Interesse nicht verletzt. Das ist die öffentlich rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften. § 15.

Hervorzuheben ist aber, daß die gesetzlichen Vorschriften über die Bewertung der Bilanzposten sich nur gegen unstatthafte Höherbewertung wenden; gegen eine niedrige Bewertung durch geringe Ansätze oder zu hohe Abschreibungen steht vom Standpunkte des öffentlichen Interesses kein Bedenken entgegen, da es im Gegenteile nur zum Vorteile der Gläubiger gereicht, wenn Objekte unter ihrem Werte angesetzt werden, indem dies zur Konservierung des Gesellschaftsvermögens führt (vergl. Neukamp in GZ. 48, S. 464 ff., der mit Rücksicht hierauf das Bestehen eines „Dogmas von der Bilanzwahrheit" mit Recht bekämpft; vergl. auch Lehmann II., S. 307; dagegen Rehm, S. 47). § 16.

a) Statutarische Vorschriften über geringere Bewertung sind daher zulässig; es liegt in ihnen ein vertraglicher Verzicht auf die gesetzliche Minimalbewertung, der von den Aktionären gültig erklärt werden und den Gläubigern nur recht sein kann. Solche Statutenbestimmungen liegen z. B. in den häufig vorkommenden Vorschriften prozentualer Abschreibungen ohne Rücksicht auf wirkliche Wertminderungen. Sie sind ebenso zulässig, wie Statutenbestimmungen über die Bildung von Reservefonds. Solche Statutenbestimmungen können nur durch Statutenänderung wieder beseitigt werden (RG. 22, S. 114; 40, S. 35). Wird im Einzelfalle dagegen seitens der Generalversammlung gefehlt, so ist der Beschluß anfechtbar. Ausschließen kann das Statut jedoch kein bilanzfähiges Aktivum von der Aufnahme in die Bilanz (Cohn, DJZ. 1903, S. 442). § 17.

β) Bestimmen aber die Statuten solche Minderbewertungen nicht, so hat jeder Aktionär ein Recht auf Bewertung in gesetzlicher Höhe. Ein Generalversammlungsbeschluß, der die Werte geringer, als dies nach den Gesetzen oder Statuten zulässig ist, ansetzen würde, wäre gesetzwidrig und unterläge der Anfechtung. Die Nichtanfechtung zu geringer Wertansätze ist im Aktienverkehre üblich.[10]) Aber gesetzlich zulässig ist die Anfechtung. Doch ist § 18.

[10]) Auch ohne statutarische Fürsorge schlagen die Verwaltungen der Aktiengesellschaften Abschreibungen in einer Weise vor, welche die Wertverminderung übersteigen, sie wollen dadurch die Gesellschaft konsolidieren, Gesellschaftsvermögen von der Verteilung ausschließen, und die Aktionäre genehmigen die so vorgeschlagene Bilanz, indem sie die Fürsorge der

Digitized by Google

freilich bei diesem Anfechtungsrechte zu berücksichtigen, daß ein Aktionär die Forderung einer höheren Dividende nicht einfach dadurch begründen kann, daß er die Bewertung eines Kontos unter Berufung auf Gutachten von Sachverständigen als unangemessen ansieht. Denn die Generalversammlung soll nach freiem Ermessen die Bewertung vornehmen, und solange ihre Ansätze, wenn man auch über ihre objektive Richtigkeit streiten kann, das Maß vernünftiger Erwägungen nicht verlassen, hat sie das Gesetz nicht verletzt. Aber der Nachweis ist dem Aktionär gestattet, daß er durch ein böswilliges oder willkürliches Verfahren der Generalversammlung in seinem Anspruche auf die Dividende geschädigt sei (RG. 40, S. 35; vergl. auch Neukamp in GZ. 48, S. 489; Felix Mayer in GZ. 1900, S. 401). Gegen eine solche Anfechtung kann nicht eingewendet werden, daß die Einstellung der Werte zwar offenbar zu niedrig, dies aber zur Stärkung des Unternehmens geschehen sei. Dem Dividendenanspruche des Aktionärs gegenüber würde dieser Einwand nicht durchgreifen. Denn zur Stärkung des Unternehmens gereicht jede Abschreibung und von diesem Standpunkte aus gäbe es überhaupt keine unzulässige Abschreibung (dagegen Simon, S. 324).

§ 19. γ) Soweit die Statuten Minderbewertungen nicht bestimmen, so ist die Generalversammlung bei Aufstellung der Bilanz auch insofern frei, als sie an ihre Bewertungen früherer Jahre, insbesondere an frühere Abschreibungen, nicht gebunden ist. Einen Grundsatz der Bilanzkontinuität gibt es nicht (Lehmann II., S. 308). Jede Bilanz ist ein Stück für sich. Es sind stets die Verhältnisse zur Zeit, für welche die Bilanz aufgestellt, maßgebend und allein maßgebend. Das geht aus Art. 31 hervor. Es ist dies auch allgemeine Ansicht[11]) und nur bei Betriebsanlagen wird angenommen, daß eine Rückgängigmachung einmal erfolgter Abschreibungen unzulässig ist. (So Ring, S. 671; Simon, S. 412; Pemsel bei Holdheim 7, S. 249; RG. 28, S. 55.) Allein eine solche Rückgängigmachung ist nicht verboten. Zwar ist nicht zu leugnen, daß es nicht üblich ist, solche Rückgängigmachung zu bewirken. Aber zu weit geht es, wenn Simon ein Gewohnheitsrecht nach dieser Richtung annimmt und es für eine „schwindelhafte" Bilanz erklärt, wenn solche Heraufsetzung von Werten erfolge. Wir können ein solches Gewohnheitsrecht als bestehend nicht anerkennen und vermögen uns auch von der „Schwindelhaftigkeit" einer solchen Bilanz nicht zu überzeugen. Wenn z. B., so sagt Neukamp in GZ. 48, S. 499, indem er unsere Ansicht gegen Simon verficht, die Maxhütte in Bayern, die bekanntlich wertvolle und große Fabriksgebäude mit einer Mark in die Bilanz eingestellt hat, die durch eine derartige Bilanzierung aufgespeicherte Reserve in einem ungünstigen Geschäftsjahre in der Weise ausschüttet, daß sie die Fabriksgebäude wieder mit dem jeweiligen Werte in die Bilanz

---

Verwaltung teilen oder sich um die Gesellschaft nicht kümmern. Anfechtungen nach dieser Richtung kommen selten vor. Solche Minderbewertungen bilden im Gegenteil geradezu den Stolz der Aktiengesellschaften, und nichts heben die Vorstände in den Geschäftsberichten lieber hervor, als daß ihre gesamten Utensilien, Maschinen usw. mit einer Mark zu Buche stehen. Wenn trotz dieser Bewertung von in Wahrheit wertvollen Objekten die Gesamtziffer der Aktiva eine erhebliche, der Überschuß der Aktiva über die Passiva bedeutend ist, so ist dies ein Zeichen eines guten Vermögensstandes.

[11]) Neukamp in GZ. 48, S. 500, will einen Grundsatz der Kontinuität insofern aufstellen, als er der zeitigen Generalversammlung verbietet, grundlos und willkürlich von den Ansätzen der vorangehenden abzuweichen. Dem kann zugestimmt werden.

Digitized by Google

einstellt, so ist auch vom Standpunkte der peinlichsten Richtigkeit nichts dagegen einzuwenden (zust. Knappe, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 67). Beruht freilich die frühere Minderbewertung nur auf Irrtum, so steht der Rückgängigmachung in der neuen Bilanz überhaupt nichts im Wege (RG. 28, S. 55; RG. vom 15. Dez. 1892 in JW. 1893, S. 98).

§ 20. Eine andere Frage ist, ob Unterbewerbungen bloß diejenigen privatrechtlich binden, die deren Zulässigkeit vertragsmäßig anerkannt haben, oder auch die Steuerbehörden binden, wenn dieselben auf Grund der in der Bilanz enthaltenen Ansätze die Steuerbemessung vorzunehmen haben. Im allgemeinen ist letzteres zu verneinen (Lehmann II., S. 307, Anm. 2; Rehm, S. 45). Jedoch kann ein positives Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend auch das Gegenteil anordnen. Dies ist nach unserem Personaleinkommensteuergesetz vom 25. Okt. 1896, RGBl. Nr. 220, der Fall. Nach § 93 bilden die bilanzmäßigen Überschüsse die Grundlage für die Besteuerung der Aktiengesellschaften. Es muß angenommen werden, daß die Steuerbehörden grundsätzlich die in der Bilanz enthaltenen Bewertungen annehmen müssen, sofern nämlich nicht ein frauduloses, auf Steuerhinterziehung berechnetes Vorgehen anzunehmen ist. Bloß die Angemessenheit der jährlichen Abschreibungen, welche die Wertverminderung der zum Herstellungspreise in die Bilanz eingesetzten Anlageobjekte zum Ausdrucke bringen sollen, unterliegt der Überprüfung (§ 95, lit. f, dieses Gesetzes). Vergl. hierüber Reisch und Kreibig II., S. 303 ff., insbesondere S. 326, woselbst auch eingehend ausgeführt wird, daß durch die Anerkennung des oben ausgesprochenen Grundsatzes in der Praxis das fiskalische Interesse nicht erheblich gefährdet erscheint (gegen Reisch und Kreibig, Rehm, S. 45).[12])

§ 21. **Die Bilanzvorschriften über die Passiva** sind umgekehrt zwingender Natur als Minimalvorschriften (mindestens das Aktienkapital, mindestens die Schulden müssen unter den Passiven figurieren) und dispositiver Natur als Maximalvorschriften. Es hat zwar jeder Aktionär ein Recht darauf, daß nicht mehr Passiva eingestellt werden, als dies vom Gesetze vorgeschrieben ist, weil eine höhere Einstellung sein Dividendenrecht schmälert, aber durch Gesellschaftsvertrag können über den gesetzlichen Betrag hinaus Passivposten, Reservekonten, angeordnet werden und wenn ein einfacher Generalversammlungsbeschluß dies auch gültig nicht anordnen kann und anfechtungsreif ist, wenn er dies gleichwohl tut, so ist er doch solange verbindlich, als er nicht durch Urteil für unverbindlich erklärt worden ist (vergl. § 31 zu Art. 224).

3. **Die Bedeutung der Bilanzposten, insbesondere der Begriffe Aktiva und Passiva.** § 22. Vorweg ist zu betonen, daß die Bilanz eine einheitliche sein muß, das heißt, sie muß das gesamte Gesellschaftsvermögen, einschließlich der Zweiggeschäfte umfassen. Spezialbilanzen über einzelne Geschäftszweige sind zwar zulässig, außerdem aber muß die Aktienbilanz das

[12]) Der Verwaltungsgerichtshof hat (bei Budwinski 407 [F]) allerdings den Rechtssatz ausgesprochen: „Die bilanzmäßigen Überschüsse können nur insoweit die Besteuerungsgrundlagen bilden, als sie den nach den Grundsätzen einer richtigen Ertragsbilanz festzustellenden Reinertrag der Unternehmung zum Ausdrucke bringen." Jedoch ist in diesem Erkenntnisse die oben aufgeworfene Frage nicht direkt berührt. Hauptinhalt der Entscheidungsgründe bildet vielmehr die Erörterung der mit Recht verneinten Frage, ob die im Personaleinkommensteuergesetze enthaltene Aufzählung der Beträge, welche mit in die Besteuerungsgrundlage einzuziehen sind, eine taxative ist.

Digitized by Google

Endergebnis der gesamten gesellschaftlichen Tätigkeit enthalten (Simon, S. 28; vergl. in § 49, Abs. 4 A. Reg. die Worte: „die ganze Gebarung der Gesellschaft").

§ 23. a) **Unter den Aktiven** darf alles figurieren, was als Vermögenswert zu betrachten ist, nicht bloß greifbare Objekte, sondern auch Rechte, insbesondere Forderungen, Patente, Verlagsrechte. Über die Einsetzung des Wertes des Unternehmens (Kundschaft) vergl. § 1a zu Art. 31, Pisko, Unternehmen, S. 79 ff.).

§ 24. b) **Die Passiva.** Dieser Begriff bedeutet das nicht, was das Wort vermuten läßt. Bei der doppelten Buchführung, die ja bei Aktiengesellschaften notwendig ist (vergl. oben § 1), bedeuten die Passiva nicht die Schulden, sondern die Geschäftserfordernisse oder Geschäftsbedürfnisse. Unter den Passiven wird registriert, wieviel die Gesellschaft, sei es infolge gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift oder aus wohlerwogener freier Selbstbestimmung der Generalversammlung, an Werten besitzen muß, damit sie zum Wohle der Interessenten gedeihe. Besitzt sie mehr, als ihr zum Gedeihen erforderlich ist, so ist der Überschuß entbehrlich und verteilbar. Besitzt sie weniger, so hat sie eine Unterbilanz. Die Einstellung der Passiven in die Bilanz bezweckt die Bindung des Aktivvermögens für gewisse rechtlich vorgeschriebene, beziehungsweise rechtlich zulässige, dem Gedeihen der Gesellschaft dienende Zwecke, und dieser Zweck wird erreicht durch die Vorschrift, daß nur der Überschuß der Aktiva über die Passiva verteilt werden darf (Art. 217; § 52 A. Reg.). Die Passivseite der Aktienbilanz ist das arithmetische Mittel, um jenen Zweck der Bindung des Aktienvermögens zu erreichen (vergl. Strombeck in GZ. 28, S. 470).

Zu den Passiven gehören in erster Reihe die Schulden der Gesellschaft, weil es im Interesse der Gesellschaft in erster Reihe erforderlich ist, daß ein dem Betrage der Schulden gleichkommender Teil des Gesellschaftsvermögens von der Verteilung ausgeschlossen, aufgesammelt und reserviert wird. Es befindet sich aber ferner darunter die Grundkapitalsziffer. Diese stellt zwar keine Schuld der Gesellschaft dar. Der Aktionär ist nicht Gläubiger der Gesellschaft. Aber das Gedeihen der Gesellschaft macht es absolut notwendig, daß ein der Grundkapitalsziffer gleichkommender Betrag von der Verteilung ausgeschlossen, beziehungsweise reserviert bleibe, damit er den Gesellschaftszwecken, denen er gewidmet ist, fortgesetzt dienen könne.

Die Notwendigkeit, das Grundkapital in die Passiven der Bilanz aufzunehmen, ergibt sich aus dem Grundsatze der Unveränderlichkeit des Grundkapitals und der Bestimmung des Gesetzes, daß der Betrag der statutenmäßigen Grundkapitalsziffer durch entsprechende Aktiven gedeckt sein muß, ehe zur Gewinnverteilung geschritten werden darf. Eine besondere Bestimmung, daß das Grundkapital in die Passiven der Bilanz aufzunehmen ist (vergl. § 23, Z. 4 GmbHG.), erscheint daher überflüssig (Lehmann II., S. 293; Knappe, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 63). § 49, Abs. 6 A. Reg. will durch eine solche Bestimmung bloß die Frage regeln, mit welchem Betrage das Grundkapital bei allmählich erfolgender Amortisation der Aktien in die Bilanz einzusetzen ist (vergl. hierüber § 6 im 1. Exkurs zu Art. 248).

Digitized by Google

Unter den Passiven befinden sich ferner alle sogenannten Reservefonds — die man richtiger als Reservekonten bezeichnen würde — welche sämtlich nichts anderes bedeuten, als daß ein bestimmter Wertbetrag von der Verteilung ausgeschlossen, reserviert, beziehungsweise aufgesammelt werden soll. So ist die Bilanz der Aktiengesellschaften keine Vermögensbilanz, welche den Überschuß der Aktiven über die Schulden bedeutet, sondern sie ist eine Verteilungsbilanz — und zwar eine Gewinnverteilungsbilanz im Gegensatze zur Liquidationsbilanz, die dem Zwecke der Vermögensverteilung dient — welche ersehen läßt, wieviel die Gesellschaft an Werten besitzt (Aktiva) und wie hoch der Betrag der für die Gesellschaft erforderlichen und daher notwendig zu reservierenden, beziehungsweise aufzusammelnden Werte ist. Das letztere sind die Passiva, die man richtiger Reservanda oder Reservekonten oder deutsch Geschäftserfordernisse nennen würde, um den Gedanken, daß es sich überall um Schulden der Gesellschaft handelt, fern zu halten. Auch eine Gesellschaft, die keinen Pfennig Schulden hat, kann erhebliche Passivkonten aufweisen, und nichts ist verkehrter als das Vorgehen eines Berliner Gerichtes, welches über eine Gesellschaft deswegen den Konkurs verhängte, weil sie eine Unterbilanz hatte.

Dabei gibt die Bilanz überall nur ein Augenblicksbild. Wie die Aktivseite nur bedeutet, was zu derjenigen Zeit, für welche die Bilanz gilt, an verteilbaren Werten vorhanden war, so zeigt die Passivseite, wie viel an Werten zu diesem Zeitpunkte erforderlich waren oder als erforderlich erachtet wurden. Auf wie lange sie erforderlich, wie lange sie reserviert werden müssen, wie lange gespart werden muß, damit sie vorhanden seien, das ist aus der Bilanz nicht ersichtlich. Das ist bei den einzelnen Konten verschieden. Die den Schulden entsprechenden Beträge sind auszuzahlen, sobald dies aus zivilrechtlichen Gründen erforderlich ist. Die aus freier Selbstbestimmung der Generalversammlung gebildeten Reservekonten sind auszuschütten, sobald die Generalversammlung dies anordnet; die auf Grund statutarischer Vorschrift gebildeten Reservekonten sind auszuschütten, sobald eine Abänderung der betreffenden Statutenbestimmung erfolgt ist. Das Aktienkapital ist niemals zu streichen, solange die Gesellschaft dauert, es sei denn, daß es nach den gesetzlichen Vorschriften herabgesetzt ist. Die Bilanz gibt hierüber keine Auskunft; vielmehr folgt dies aus anderen Bestimmungen und Grundsätzen.

Die hier entwickelte Lehre von der Verteilungsbilanz bekämpfen Simon, S. 95, und Reisch und Kreibig II., S. 5. Sie meinen, auch die Bilanz der Aktiengesellschaften sei eine reine Vermögensbilanz. Dagegen lehren Lehmann (II., S. 293) und Rehm (S. 6 ff.) im Einklange mit unserer Lehre, daß die Jahresschlußbilanz der Aktiengesellschaft ebenfalls eine Gewinnverteilungsbilanz sei. Rehm (S. 11) sieht für das derzeit in Österreich geltende Handelsgesetzbuch in der Bestimmung des Art. 217 ein Moment, woraus sich der Charakter der Jahresschlußbilanz als Gewinnverteilungsbilanz ergibt. Die Lehre von der Verteilungsbilanz wird auch akzeptiert von Alterthum (Archiv für bürgerl. Recht 23, S. 104). Auch Neukamp (bei Holdheim 7, S. 189) entwickelt in ausführlicher Polemik gegen Simon unsere Auffassung von der Aktienbilanz als Verteilungsbilanz. Vergl. hiezu auch Staub[8], Anm. 15 zu § 261.

Digitized by Google

§ 25. **Zusatz 2. Die Genehmigung der Bilanz.**

1. **Die Prüfung**[13]) **der Bilanz.** Sie ist Sache der Generalversammlung (Art. 224). Diese ist es, welcher die Vorlagen zu unterbreiten sind (Art. 239), sie ist es, welche darüber zu beschließen hat, ob die Bilanz zu genehmigen ist. Daß die Generalversammlung ihre eigene Prüfung durch andere Personen, Revisoren, vorbereiten lassen kann, ist selbstverständlich. Es kann dies statutarisch vorgesehen, aber auch von jeder Generalversammlung beschlossen werden.

Einer Ankündigung dieses Gegenstandes bedarf es nicht. Ein solcher Beschluß bewegt sich innerhalb der Tagesordnung: Prüfung der Bilanz, oder, wie in der Praxis gesagt wird: Genehmigung der Bilanz (Ring, Anm. 1; Petersen und Pechmann, S. 536).

Durch Übernahme des Amtes treten die Revisoren in ein Dienstverhältnis zur Gesellschaft, es kommen die Grundsätze über den Dienstvertrag zur Anwendung (Ring, Anm. 1). Was aber das Entgelt betrifft, so ist, wenn Aktionäre als Revisoren bestellt werden, im Zweifel anzunehmen, daß sie ihre Rechte als Aktionär dadurch wirksam wahren wollten, weshalb sie in einem solchen Falle eine Vergütung nicht zu beanspruchen haben, auch wenn sie Kaufleute oder Rechtsanwälte sind (Bolze 18, Nr. 168).

§ 26. 2. **Die Verhandlung und Beschlußfassung über die Bilanz.** Hierüber gibt das Gesetz keine Vorschriften.

a) Die Verhandlung und Beschlußfassung über die Bilanz überhaupt. Gegenstand dieser Verhandlung und Beschlußfassung sind zwei Fragen, die begrifflich auseinandergehalten werden müssen: einmal die Frage, ob die Ansätze der Bilanz und damit ihr Fazit richtig sind, und die andere Frage, ob der Verwaltung Entlastung zu erteilen ist. Die Ansätze der Bilanz können richtig und eine Versagung der Genehmigung daher ausgeschlossen sein, ohne daß die Generalversammlung Veranlassung hätte, Entlastung zu erteilen: so wenn ein ungetreuer Vorstand eine Summe unterschlagen oder nicht genügend über die Geschäftsführung eines unredlichen Beamten gewacht hatte. Das Fehlen der Summen in den Aktiven der Bilanz entspricht der Sachlage und die Bilanz muß genehmigt werden. Aber darin liegt noch keine Entlastung. Umgekehrt könnte dem Vorstande Entlastung wegen seiner Geschäftsführung erteilt und der eine oder andere der in die Bilanz eingestellten Werte als zu hoch oder zu niedrig gegriffen bezeichnet werden (vergl. hierüber Simon, Bilanzen, S. 13; Lehmann II., S. 314; Nothnagel, Die Entlastung des Vorstandes, GZ. 1900, Nr. 14).

Allein wenn auch die beiden Fragen begrifflich zu scheiden sind, so besteht doch immerhin ein so enger Zusammenhang zwischen denselben — denn die Bilanz ist doch immerhin gewissermaßen das Resultat der Geschäftsführung — daß man in einer vorbehaltlosen Genehmigung den Entlastungswillen erblicken kann.

Das Gesetz spricht nur von einer Entlastung des Vorstandes. In der Praxis gelangt regelmäßig auch der Antrag auf Entlastung des Aufsichtsrates zur Vorlage und es entspricht dies auch dem Sach-

[13]) Richtiger wäre es, von einer Feststellung der Bilanz zu sprechen; denn vor dem Generalversammlungsbeschlusse liegt lediglich ein Bilanzentwurf vor, den die Generalversammlung innerhalb gewisser Grenzen nach Belieben ändern kann (Rehm, S. 806, anders Anton Arnold, Die Aufschlußpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat [München, 1907], S. 33.).

Digitized by Google

und Rechtsverhältnis. Denn auch der Aufsichtsrat ist Geschäftsführer der Gesellschaft, nach den Statuten sogar meist in großem Umfange, aber schon nach dem Gesetze. Auch die kontrollierende Tätigkeit ist eine sehr verantwortungsvolle. Der Aufsichtsrat bedarf rechtlich und tatsächlich der Entlastung ebenso wie der Vorstand (unzutreffend Esser, Anm. 7).

§ 27. Die Entlastung kann ebenso wie die Genehmigung der Bilanz nur von der Generalversammlung ausgesprochen und keinem anderen Organ übertragen werden[14])[15]) (anders Renaud, S. 447 hinsichtlich der Entlastung des Vorstandes). Wir müssen aber, trotzdem ein ausdrückliches gesetzliches Verbot in dieser Richtung nicht besteht, eine Delegation dieser Funktionen an andere Organe schon nach dem Gesetze für unzulässig erachten, denn die Genehmigung der Bilanz und die Entlastung des Vorstandes bilden die wichtigsten Aufgaben der ordentlichen Generalversammlung, sie bilden den eigentlichen Anteil der Generalversammlung an der Geschäftsführung der Gesellschaft (Lehmann II., S. 312). Könnte man durch Statutenbestimmung auch diese Tätigkeit dem Wirkungskreise der Generalversammlung entziehen, so könnte man hiedurch den Wirkungskreis der Generalversammlung vollkommen beseitigen; dadurch könnte den Aktionären jeder Anteil an der Geschäftsführung entzogen werden. Soweit sich die Wirksamkeit des Aktienregulativs erstreckt, ist in dieser Richtung kein Zweifel möglich, denn nach § 39, Z. 2 A. Reg., ist im Statute die Genehmigung der Bilanz und die Entlastung des Vorstandes der Generalversammlung ausdrücklich vorbehalten. Genehmigung durch die Generalversammlung, und zwar mit einer Mehrheit und drei Vierteilen des vertretenen Grundkapitals schreibt § 97, Z. 3 GmbHG. für die Bilanz vor, auf Grund der bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung der auf jede Aktie entfallende Anteil zu berechnen ist.

Von beiden Beschlüssen, dem Bilanzgenehmigungs- und dem Entlastungsbeschlusse, zu unterscheiden ist ein dritter: nämlich der Beschluß über die Verteilung der Dividende. An sich bedarf es eines solchen nicht. Denn die Aktionäre haben das Recht auf Verteilung dessen, was sich als jährlicher Reingewinn ergibt (Art. 217), sofern dieser Reingewinn nach den Statuten zur Verteilung bestimmt ist. Es können nun die Statuten über die Verwendung des Reingewinnes bestimmte Normen feststellen. Es kann aber auch statutarisch bestimmt sein, daß die Generalversammlung nach ihrem Gutdünken über die Verwendung des Reingewinnes zu beschließen hat (vergl. § 4 zu Art. 216). Alsdann ist ein besonderer Dividendenverteilungsbeschluß noch erforderlich.

---

[14]) Die Entlastung kann auch einzelnen Beteiligten erteilt, anderen versagt werden (ROH. 20, S. 222).

[15]) Der bezüglich der Entlastung gefaßte Generalversammlungsbeschluß ist lediglich der Willensausdruck der Gesellschaft, daß die Entlastung erteilt oder nicht erteilt werden soll. Die Frage, ob dieser Willensausdruck rechtsgültig zu stande gekommen ist, ist nicht zu verwechseln mit der Frage, ob die Verwaltungstätigkeit, die den Gegenstand des Beschlusses bildet, Entlastung verdiente. Es kann der Einzelaktionär den die Entlastung aussprechenden Generalversammlungsbeschluß nicht um deshalb anfechten, weil die Verwaltung Fehler begangen habe. Dagegen ist die Entlastung fehlerhaft beschlossen und deshalb ungesetzlich und anfechtbar, wenn in der betreffenden Generalversammlung nicht ordnungsmäßig Rechnung gelegt wurde, obgleich dies auch nur von einem Aktionär verlangt wurde (RG. 34, S. 57).

Digitized by Google

Der Bilanzgenehmigungs- und der Gewinnverteilungsbeschluß können übrigens durch eine neue Generalversammlung nicht aufgehoben werden, weil sie den Dividendenanspruch des Einzelaktionärs als reines, dem Willen der Gesamtheit entrücktes Gläubigerrecht zur Existenz gebracht haben. Trotz eines solchen Aufhebungsbeschlusses kann der Dividendenanspruch eingeklagt werden (RG. 37, S. 63).

§ 28. b) **Die Vertagung der Verhandlung.** Gegen die Gefahr, daß eine Mehrheit trotz Lücken und Unklarheiten in der Bilanz dem Vorstande die Entlastung erteilt, trifft das Gesetz keine Schutzvorschriften. Das Aktienregulativ verlangt nach dem Vorbilde des § 264 d. HGB. im § 50, Abs. 3, die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß die Beschlußfassung zu vertagen ist, wenn dies entweder mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit der Aktionäre, welche mindestens den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten, unter Bemänglung bestimmter Ansätze in der Bilanz verlangt wird[17]), und daß unter diesen Voraussetzungen die Vertagung so oft begehrt werden kann, bis über die bemängelten Ansätze die erforderlichen Aufklärungen erteilt worden sind.

Ein Generalversammlungsbeschluß, der ohne Rücksicht auf das Vertagungsbegehren der Minorität gefaßt worden wäre, wäre ungültig und anfechtbar, die Minderheit hat allerdings auf Grund der erwähnten Statutenbestimmung das Recht nur, wenn sie bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt, wobei auch verlangt werden muß, daß diese Bemänglung in substantieller Weise erfolgt.

Soweit die Bemänglungen für die Frage der Entlastung von Einfluß sind, hat die auf Verlangen der Minderheit erfolgte Vertagung der Bilanzgenehmigung zur Folge, daß auch die Entlastung nicht beschlossen werden kann. Es kann nicht etwa, weil nur die Vertagung der Bilanzgenehmigung durchgesetzt werden kann, ungeachtet der durchgesetzten Vertagung von der Majorität schlechthin die Entlastung beschlossen werden. Aber andrerseits kann auch die Durchsetzung jener Vertagung nicht schlechthin zur Folge haben, daß über die Entlastung nicht beschlossen werden kann. Vielmehr zieht, wie gesagt, die Vertagung der Bilanzgenehmigung die Vertagung des Entlastungsbeschlusses insoweit nach sich, als die erfolgten Bemänglungen auf den letzteren Beschluß von Einfluß sind. So kann z. B., wenn die Minderheit die Ansätze als zu niedrig bemängelt und einen höheren Gewinn herausrechnet, über die Entlastung unbedenklich Beschluß gefaßt werden. Wenn dagegen das Debitorenkonto bemängelt wird, weil auf diesem Konto durch leichtsinniges Kreditieren mehr Ausfälle entstanden seien, als dies in der Bilanz zum Ausdruck gekommen sei, so kann, soweit diese Bemänglung reicht, auch keine Entlastung beschlossen werden, wohl aber im übrigen (vergl. RG. vom 12. Juli 1899 in J. W., S. 675, wo der Grundsatz dahin formuliert ist, daß die Vertagung der Bilanz regelmäßig die Vertagung der Entlastung zur Folge hat; auch hiemit kann man sich einverstanden erklären). Ein Entlastungsbeschluß, der diesen Grundsätzen entgegen gefaßt wird, ist anfechtbar. Dagegen hat umgekehrt die Vertagung wegen Bemänglung

[17]) Können der Minorität durch Einsicht in Bücher und Schriften sofort die nötigen Aufklärungen erteilt werden, so bedarf es natürlich keiner Vertagung; es genügt eine Aussetzung der Generalversammlung (B. Mayer in JBl. 1900, Nr. 14).

Digitized by Google

bestimmter Ansätze nicht zur Folge, daß im übrigen die Entlastung als erteilt gilt.

Eine **abermalige Vertagung** kann die Minderheit nur verlangen, wenn über die früheren Bemänglungen nicht die erforderlichen Aufklärungen erteilt werden. Entsteht darüber Streit, ob die erforderlichen Aufklärungen erteilt sind, so entscheidet darüber zunächst die Majorität, deren Votum der Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliegt. Sind die erforderlichen Aufklärungen nicht gegeben und ist die Vertagung gleichwohl abgelehnt, so ist das Statut verletzt. Man kann auch nicht sagen, daß dies eine Tatfrage sei, der Prozeßrichter aber nur zu prüfen habe, ob das Gesetz verletzt ist, also nur Rechtsfragen zu entscheiden habe.

3. **Ein gegen Gesetz oder Statut verstoßender** Beschluß der Generalversammlung, der die Bilanz genehmigt und dem Vorstande die Entlastung erteilt oder dieselbe verweigert und die Gewinnverteilung festsetzt, kann angefochten werden (Rehm, S. 800; vergl. auch Felix Mayer, GZ. 1900, S. 416, Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses, der dem Vorstande unter Genehmigung eines von diesem statutenwidrig geschlossenen Geschäftes die Entlastung erteilt). Dies Anfechtungsrecht steht jedoch bloß den Aktionären zu, nicht auch dem Vorstande, selbst wenn ihm durch einen solchen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß die gerechtfertigte Entlastung verweigert werden würde, denn der Vorstand hat überhaupt nicht das Recht, Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten (vergl. § 22 zu Art. 224). Er kann bloß im ordentlichen Rechtswege auf Entlastung klagen (vergl. unten § 30). Hat die Anfechtungsklage Erfolg, so kann das Gericht nicht einfach an Stelle der in dem für ungültig erklärten Generalversammlungsbeschlusse festgestellten Bilanz eine andere setzen. Die Festsetzung der neuen Bilanz muß vielmehr der nächsten Generalversammlung vorbehalten bleiben (Rehm, S. 801, Anm. 2, grundsätzlich anerkannt von ROHG. 25, Nr. 76); sind aber bestimmte Grundsätze der Bilanzierung bestritten, so hat das Gericht gleich festzustellen, welche Grundsätze für die Bilanzfeststellung zur Anwendung gelangen (vergl. das oben angeführte Erkenntnis des ROHG.). **§ 29.**

Zusatz 3. Der Anspruch auf Entlastung und die Bedeutung der erteilten Entlastung.

a) Der Anspruch auf Entlastung. Vorstand und Aufsichtsrat, die ständigen geschäftsführenden Organe der Gesellschaft, haben einen ihrer Verantwortlichkeit entsprechenden zivilrechtlichen Anspruch auf Entlastung. Derselbe setzt voraus, daß sie durch Vorlegung der Bilanz und eventuell durch Vorlegung der Bücher und sonstigen Unterlagen an die Revisoren der Generalversammlung die Resultate ihrer Geschäftsführung zur Prüfung unterbreiten. Verweigert die Generalversammlung die Entlastung, so steht ihnen ein Klagerecht gegen die Gesellschaft zu (nicht etwa das Recht, den Generalversammlungsbeschluß anzufechten, vergl. oben § 29). Die Vertreter der Gesellschaft mögen dann im Prozesse die Weigerung begründen. Dasselbe gilt, wenn die Entlastung nicht durch verneinenden Beschluß, aber doch durch Verzögerung der Beschlußfassung verweigert wird. Die Verwaltungsorgane brauchen nur so lange zu warten, als bis normalerweise die Entlastung ausgesprochen werden kann, das heißt, bis zur ordentlichen Generalversammlung, in welcher sie die Bilanz vorlegen, beziehungsweise für den Fall der Vertagung dieser bis zur nächsten Versammlung; das ist der notwendige „Aufschub" (§ 904 ABGB.), den sich die Vorstandsmitglieder bei Geltendmachung ihres Anspruches auf Entlastung gefallen lassen müssen. **§ 30.**

Digitized by Google

§ 31. b) Die Bedeutung der erteilten Entlastung. Hierüber enthält das Gesetz keine Bestimmung. Es entscheiden daher allgemeine Rechtsgrundsätze, beziehungsweise die Landesgesetze, soweit nicht beiden die Natur der hier in Rede stehenden Rechnungslegung entgegensteht.

α) Was zunächst die Frage betrifft, ob die Entlastung sich auch auf diejenigen Punkte bezieht, welche in der Bilanz und Jahresrechnung Erwähnung nicht gefunden haben, so kann das, was sonst für die Rechnungslegung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aus den Landesgesetzen folgt, hier nicht ohne weiteres gelten. Es greift insbesondere die Bestimmung des § 242 ABGB., daß sich die Entlastung auf in der gelegten (Vormundschafts-) Rechnung übergangene Angelegenheiten nicht erstreckt, hier nicht ohne weiteres Platz. Denn die hier zu legende Rechnung ist ihrer Natur nach anders geartet wie im Normalfall; die Bilanz und Gewinn-Verlustrechnung stellt nur eine summarische Darstellung der Geschäftsergebnisse dar. Als Korrelat dieser Kürze ist der Generalversammlung das Recht gegeben, nach jeder Richtung Vervollständigung zu verlangen, Vorlegung der Handelsbücher und sonstiger Belege. Als übergangene Angelegenheiten können hienach nicht alle diejenigen Angelegenheiten betrachtet werden, die sich nicht unmittelbar aus der Jahresrechnung erkennen lassen (wie dies RG. 12, S. 77, angenommen hat), sondern nur diejenigen, die sich weder aus den Jahresrechnungen noch aus den Büchern und Schriften der Gesellschaft erkennen lassen (vergl. Bolze 15, Nr. 110; Nothnagel, GZ. 1900, Nr. 14). Siehe auch ROHG. 22, S. 278: Kenntnis der von der Generalversammlung bestellten Revisionskommission kommt dem Dechargierten zu gute; dagegen Bolze 9, Nr. 479: Kenntnis des Aufsichtsrates entscheidet nicht, auch wenn seine Mitglieder identisch sind mit denen der Generalversammlung.

β) Die erteilte Entlastung bezieht sich auch auf die Folgen von kulposen und dolosen Pflichtverletzungen. Hinsichtlich der Unredlichkeiten kommt jedoch § 262 ABGB. zur analogen Anwendung, nämlich daß die erteilte Entlastung nicht von der Haftung für später entdeckte arglistige Handlungen befreit.

γ) Überall sind ordnungsmäßige Vorlagen Voraussetzungen der Entlastung, wenn sie in der angegebenen Weise wirken soll. Auf irreführenden Vorlagen kann sich der Rechnungsleger nicht berufen (RG. 18, S. 63; vergl. auch Bolze 17, Nr. 538; Nothnagel in GZ. 1900, Nr. 14).

Exkurs zu Art. 239. über Reservefonds.[18])

§ 1. **1. Die rechtliche Natur, der Begriff und die wirtschaftliche Funktion des Reservefonds.**

Nach dem Gesetze muß ein der statutenmäßigen Grundkapitalsziffer gleichkommender Betrag an Aktiven der Gesellschaft zurückbehalten und von der Gewinnverteilung ausgeschlossen werden, woraus sich ergibt, daß ein der Grundkapitalsziffer gleichkommender Betrag in die Passiven der Bilanz eingestellt werden muß. Es besteht jedoch ein zweifellos wirtschaftliches Bedürfnis, daß nicht bloß das ursprüngliche Reinvermögen der Gesellschaft erhalten bleibt, sondern auch, daß behufs Deckung unvorhergesehener Ver-

[18]) Literatur: Besonders die vorzügliche Abhandlung von Neukamp in GZ. 38, S. 10 ff.; Alterthum im Archiv für bürgerl. Recht 23, S. 96 ff.; vergl. auch Edmund Mayer, Vom Reservefonds der Aktiengesellschaften, JBl. 1898, Nr. 46 und 47.

Digitized by Google

luste oder zur Überwindung sonstiger unvorhergesehener Schwierigkeiten ein den Betrag des ursprünglichen Reinvermögens übersteigender Teil der Aktiven der Gesellschaft erhalten bleibt und von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen bleiben soll. Diesem wirtschaftlichen Bedürfnisse wird durch die Anordnung entsprochen, daß nicht bloß der Betrag der Grundkapitalsziffer, sondern auch gewisse Kapitalseinlagen oder gewissen Prozenten des Gewinnes entsprechende Beträge als Reservekonten in die Passiven der Bilanz einzusetzen sind. Verwendet sollen diese in guten Geschäftsjahren gebildeten Reservekonti dazu werden, um in schlechten Geschäftsjahren eine Unterbilanz auszugleichen. Alsdann sollen diese Reservekonten soweit gestrichen werden, als die Unterbilanz reicht. Dadurch wird die Unterbilanz beseitigt und die Aktionäre kommen dem Dividendenbezuge näher, weil sich nunmehr im nächsten Jahre leichter ein Bilanzüberschuß ergibt, als wenn die Unterbilanz für das nächste Jahr vorgetragen werden würde.

Um den erwähnten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen, genügt die Bildung eines Reservekontos. In Wirklichkeit ist auch nichts anderes gemeint, wenn in Gesetzen oder Verordnungen oder Statuten vom Reservefonds gesprochen wird. Unter einem Fonds versteht man eine abgesonderte Vermögensmasse; daß aber ein dem Betrage des gesetzlichen oder statutarisch angeordneten Reservefonds entsprechender Teil der Gesellschaftsaktiven besonders angelegt und verwaltet werden soll, wird im Zweifel nicht verlangt (Alterthum a. a. O., S. 199; Lehmann II., S. 298). Es kann jedoch im Statute bestimmt sein, daß dem Reservefonds gewisse Aktiven speziell zugewiesen werden, welche durch diese Zuweisung der Verwendung in der Unternehmung unterzogen werden. In diesem Falle spricht man von einem speziell gedeckten Reservefonds oder effektiv dotierten Reservefonds.[19]) Wo also von einem nicht speziell zu deckenden Reservefonds die Rede ist — und das ist ja im Zweifel der Fall — wäre es besser, den Ausdruck „Reservefonds" durch den Ausdruck „Reservekonto" zu ersetzen (Reisch und Kreibig II., S. 61; Alterthum a. a. O., S. 100; Knappe, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 77). Gebraucht man diesen Ausdruck, so ist man auch nicht gehalten, den nicht jedermann verständlichen Satz aufzustellen, daß die Reservefonds in die Passiven der Bilanz aufzunehmen sind. Denn es klingt absonderlich, daß ein Fonds ein Passivum sei.

Eine ganz andere, hievon unabhängige, nach selbständigen Grundsätzen zu beantwortende Frage ist es, ob es sich im Einzelfalle im Interesse der Gesellschaft empfiehlt, einen ebenso großen Teil der Gesellschaftswerte, wie er auf solche Weise der Verteilung entzogen ist, in besondere Verwaltung zu nehmen, z. B. eine entsprechende Summe in Wertpapieren anzulegen und von der Verwendung im Geschäftsbetriebe fernzuhalten. Das liegt im Ermessen der Gesellschaftsorgane, ist Sache ihrer Verwaltungspflichten

[19]) Die Nachteile, die darin liegen, daß die Gesellschaft gezwungen ist, ihren Reservefonds effektiv zu dotieren, liegen auf der Hand; sie bestehen darin, daß die Gesellschaft die zur Deckung des Reservefonds zugewiesenen Aktiven im Unternehmen nicht verwenden darf und daher oft gezwungen wird, statt des billigen eigenen Kapitals fremdes zu nehmen (vergl. Reisch und Kreibig II., S. 61; Edmund Mayer a. a. O.). De lege ferenda wird daher auch im allgemeinen eine Vorschrift, daß die Reservefonds effektiv dotiert werden müssen, abgelehnt (Gutachten der Wiener Börsekammer und der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer zu Frage 38 des Fragebogens).

Digitized by Google

(Neukamp in GZ. 38, S. 89). Bei Industriegesellschaften, wo möglichst alle Mittel parat sein müssen, wird eine Anlegung meist dem Gesellschaftsinteresse widersprechen. Wo besondere Anlegung und Nichtverwendung im Geschäftsbetriebe nicht angeordnet ist, da kann der durch Zuführung zum Reservekonto bei der Bilanzfeststellung von der Verteilung ausgeschlossene Teil des Gesellschaftsvermögens im Laufe des Geschäftsjahres beliebig zu den Zwecken des Geschäftes verwendet werden, „im Geschäfte arbeiten" (OLG. Dresden in GZ. 35, S. 238).

Ist eine Anlegung in zinstragender Form erfolgt, so sind die Zinsen Gesellschaftsgewinn und es versteht sich keinesfalls von selbst, daß die Zinsen dem Reservekonto zufließen, das heißt ein der Höhe der abgelaufenen Zinsen gleichkommender Betrag am Schlusse des Jahres dem Reservekonto zugeschrieben und gleichfalls der Verteilung entzogen wird. Die Statuten können dies anordnen. Eine solche Bestimmung bedeutet nichts anderes als eine im voraus bestimmte alljährliche Dotaion in der Höhe der Zinsen (Reisch und Kreibig II., S. 63; vergl. auch Budwinski 185 ex 1901 und 1375 ex 1902). Daß Effekten, in denen der Reservefonds angelegt ist, als Aktivum in der Bilanz figurieren müssen, ist selbstverständlich (anders Pinner, S. 213, welcher das Gegenteil für selbstverständlich hält).

Nach den bisherigen Ausführungen läßt sich folgende Definition des Reservefonds aufstellen: *Reservefonds ist derjenige Betrag, bis zu welchem, abgesehen von dem Betrage der Grundkapitalsziffer, die Gesellschaftsaktiven von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen sind* (ähnlich Alterthum a. a. O., S. 100; Reisch und Kreibig II., S. 60). Wir haben bereits hervorgehoben, daß der Betrag des Reservekontos als Passivpost in die Bilanz aufzunehmen ist. Zu unterscheiden ist diese Passivpost von anderen Passivposten, welche eigentlich als Abschreibungen als Gegenposten gegen zu hohe Bewertung der Aktiven zu betrachten sind; während der Reservefonds in den vorhandenen Werten seine reelle Deckung finden muß, stellen die letzterwähnten Posten nicht einen vorhandenen, aber von der Verteilung auszuschließenden Wert dar, sondern sie sind nur Korrekturen einer an sich zu hohen Wertansetzung in der Rubrik Aktiva. Man kann diese Posten Korrektivposten oder unechte Reservekonti nennen (Reisch und Kreibig II. [S. 48 und 67] gebrauchen hiefür den Ausdruck „Bewertungskonten"). Hieher gehören normalerweise die Abschreibungen, welche die Wertverminderung der Anlagen zum Ausdrucke bringen sollen; vergl. § 14 zu Art. 239; der Delkredere fonds als Gegenpost gegen vollangesetzte, aber in Wirklichkeit nicht unzweifelhafte Forderungen (ROHG. 25, S. 326; RG. 22, S. 162; Reisch und Kreibig II., S. 48; Budwinski 13.615); ein Reservefonds wegen Unsicherheit der im Ansatze gebrauchten Werte (RG. 4, S. 102). Diese uneigentlichen Reservekonti beruhen auf gesetzlichen Vorschriften, und zwar auf denjenigen, welche von der richtigen Bewertung der Aktiven handeln. Das Statut kann hier keine Abweichungen treffen, das heißt es kann nicht anordnen, daß die Bildung solcher Konti unterbleibe, außer, wenn sie durch richtige Bewertung der Aktiven überflüssig werden. Zu unterscheiden von diesen unechten Reservekonti sind die echten; diese deuten in Wahrheit an, wie viel von den wirklich vorhandenen Werten von der Verteilung unter die Aktionäre auszuschließen und im Vermögensbestande der Gesellschaft zu reservieren ist.

Digitized by Google

2. **Eine gesetzliche Notwendigkeit zur Bildung eines Reservefonds** besteht nach dem Handelsgesetzbuche nicht. Art. 217 erwähnt die Möglichkeit, daß das Statut „die Innehaltung eines Reservekapitals" bestimmt. Nach dem Handelsgesetzbuche gibt es daher keinen gesetzlichen, sondern bloß einen freiwilligen Reservefonds. § 53 A. Reg. schreibt vor, daß das Statut eine Bestimmung über die Bildung eines Reservefonds enthalten muß.[20]) Diesen Reservefonds kann man als obligatorischen bezeichnen und denjenigen gegenüberstellen, deren Bildung das Statut nach dem Aktienregulativ bloß vorschreiben kann (§ 53, Abs. 3). Zu beachten ist, daß auch der auf Grund der erwähnten Vorschrift des Aktienregulativs im Statute vorgesehene Reservefonds kein gesetzlicher, sondern ein statutarisch vorgeschriebener ist. Der Umstand, daß die betreffende Statutenbestimmung auf Grund der Vorschrift des Aktienregulativs aufgenommen werden muß, hat auf den rechtlichen Charakter des Reservefonds keinen Einfluß.[21]) § 2.

3. **Die Zulässigkeit** der Anordnung eines Reservefonds an sich kann nicht bezweifelt werden, ergibt sich übrigens schon aus der erwähnten Bestimmung des Art. 217. § 3.

   a) Der Gesellschaftsvertrag kann eine solche Anordnung treffen. Es kann den Aktionären nicht verwehrt werden, durch statutarische Vereinbarung einen beliebigen Teil des Gesellschaftsvermögens von der Verteilung auszuschließen. Auf Seite der Aktionäre liegt darin ein Verzicht auf Verteilung von Gesellschaftsgewinn. Den Gesellschaftsgläubigern kann dies nur willkommen sein, da die Kreditbasis der Gesellschaft dadurch verstärkt wird. Die Anordnung muß nicht im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthalten sein. Auch im Wege eines Statutenänderungsbeschlusses kann die Dotierung eines Reservefonds angeordnet werden (dagegen Felix Mayer in GZ. 1900, S. 417). Zu diesem Beschlusse ist keine andere Mehrheit notwendig als diejenige, die für Statutenänderungen überhaupt vorgeschrieben ist. Durch einen solchen Statutenänderungsbeschluß wird ein Sonderrecht der Aktionäre nicht verletzt; denn das hiedurch beeinträchtigte Dividendenrecht ist, bevor die Bedingungen der Auszahlung desselben gegeben sind, kein Sonderrecht (vergl. § 4 zu Art. 216).[22]) Die Statuten können daher beliebige Reservekonten anordnen: Spezialreserven für bestimmte Zwecke, Extrareserven für außerordentliche Verluste, Arbeitereserven, Unterstützungsreserven[23]), Dividendenergänzungsfonds (vergl. hierüber § 6 zu Art. 217); Delkredere-

---

[20]) Tatsächlich enthielten auch bisher die Statuten derartige Bestimmungen (vergl. Beispiele bei Edmund Mayer a. a. O.).

[21]) De lege ferenda steht die Notwendigkeit einer dem § 262 d. HGB. entsprechenden Vorschrift, welche die Bildung eines Reservefonds in zwingender Weise vorschreibt, außer Zweifel. Die betreffende Frage 35 des Fragebogens wird übereinstimmend bejahend beantwortet.

[22]) Eingehende Erörterung über diese Frage samt Literaturangaben bei Alterthum a. a. O., S. 111 ff., der zu dem Ergebnis gelangt, daß im Wege eines das Statut ändernden Mehrheitsbeschlusses die Bildung eines Reservefonds nur angeordnet werden kann, wenn diese Maßregel im Interesse der Weiterentwicklung der Gesellschaft gelegen ist (ähnlich auch Lehmann II., S. 422, und derselbe im Archiv von Kohler und Ring 9, S. 380 ff.).

[23]) Diese Wohlfahrtsfonds sind ihrer juristischen Natur nach wohl zu unterscheiden von selbständigen Wohlfahrtskassen, bei denen (durch besondere Abmachungen) die Angestellten einen rechtlichen Anspruch haben. Diese letzteren Kassen begründen im Konkurse der Aktiengesellschaft für die Angestellten besondere Rechte, die gesetzlichen Unterstützungsfonds nicht (Simon, S. 256; näheres bei Reisch und Kreibig II., S. 83 ff.; Knappe, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, S. 82).

Digitized by Google

konto und Erneuerungskonto über das wahre Bedürfnis hinaus. Über die Unzweckmäßigkeit solcher Statutenbestimmungen siehe Reisch und Kreibig II., S. 66, die in solchen Statutenbestimmungen mit Recht einen Anklang an die in geordneten Staatswesen längst überwundene alte Budgetierungsmethode erblicken, wonach jeder Ausgabenkategorie eine bestimmte Einnahmenkategorie zugewiesen wurde.[24]) Derartige Dotierungen von unechten Reservekonti über das wahre Bedürfnis hinaus nennt man versteckte Reserven (vergl. hierüber Possow, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der Aktiengesellschaft, S. 97). Der unbefangene und nicht eingeweihte Betrachter hält sie für bloße Korrektivposten; in Wahrheit sind sie mehr als das (gegen diese Art der Bilanzierung wenden sich mit Recht Reisch und Kreibig II., S. 70). Insbesondere steht auch nichts entgegen, daß die Statuten einen sogenannten Dispositionsfonds des Aufsichtsrates als Reservekonto anordnen, was das Kammergericht bei Johow 8, S. 12 mit Unrecht verneint hat. Das Aktienregulativ gestattet die statutarische Anordnung beliebiger Reservefonds (§ 53, Abs. 4).

Eine solche statutarische Anordnung liegt übrigens auch schon in der Bestimmung, daß die Generalversammlung den Gewinn nach Gutdünken verteilen, nach ihrem Gutdünken Reservekonten bilden und dotieren kann.

§ 4. b) Regelmäßig kann nur das Statut freiwillige Reservekonten anordnen und dotieren, nicht ein einfacher Generalversammlungsbeschluß, noch weniger andere Organe. Zwar kann die Generalversammlung über die Verteilung des Gewinnes Beschluß fassen, aber wenn ihr dabei nicht freigestellt ist, nach Gutdünken zu verfahren, so muß sie nach gesetzlicher Vorschrift verfahren, sonst verfährt sie ungesetzlich und ihr Beschluß unterliegt der Anfechtung (vergl. § 30 zu Art. 239). Ihr ist es daher verwehrt, aus Gründen der Wohlfahrt Reservefonds zu bilden (z. B. einen Arbeiterunterstützungsfonds Bolze 21, Nr. 561; RG. 40, S. 33).

Die Generalversammlung kann daher auch einen **sogenannten Gewinnvortrag** nicht ohneweiters beschließen. Denn das wäre eine unzulässige Schmälerung des Dividendenanspruches, da nach Art. 216 jeder Aktionär einen Anspruch auf den jährlichen Reingewinn hat. Der Umstand, daß die Gesellschaft bares Geld zur Entfaltung ihrer geschäftlichen Tätigkeit bedarf und daß es daher verständigen Erwägungen entspricht, wenn ein Teil des Reingewinnes zurückbehalten wird, um damit geschäftlich operieren zu können, rechtfertigt den Beschluß nicht. Für solche Fälle mag, da das Gesetz nicht genügend Fürsorge trifft, der Gesellschaftsvertrag Fürsorge treffen durch Anordnung von Reservekonten oder durch Ausstattung der Generalversammlung mit diesbezüglicher Bewegungsfreiheit. Mangels statutarischer Fürsorge nach dieser Richtung kann die Generalversammlung aus eigener Machtvollkommenheit einen Teil des Reingewinnes nicht mit der Begründung der Verteilung entziehen, daß dies den Zwecken der Gesellschaft förder-

[24]) Im österreichischen Steuerrechte hat die Unterscheidung zwischen allgemeinem und Spezialreservefonds eine praktische Bedeutung, wenigstens nach der üblichen Auslegung des § 95, lit. f, Personaleinkommensteuergesetz, nach welcher Reservefonds, die zur Deckung bestimmt bezeichneter Verluste bestimmt sind, steuerfrei sind. Vergl. über die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Reisch und Kreibig II., S. 17.

Digitized by Google

lich wäre. Solcher Beschluß wäre ungültig, weil über die Gültigkeit der Beschlüsse Gesetz und Statut, nicht die Frage der Zweckmäßigkeit entscheiden (vergl. § 24 zu Art. 224; Alterthum a. a. O., S. 120). Die entgegenstehende Entsch. des RG. vom 26. Jänner 1898 (mitgeteilt im Sächsischen Archiv 8, S. 251, und bei Holdheim 7, S. 143) kann vom Standpunkte des geltenden Aktienrechtes nicht gebilligt werden, sondern geht von Grundsätzen aus, die an sich billigenswert wären, aber nur de lege ferenda (ebenso Pinner, S. 217). In einem Ausnahmefall aber hat die einfache Generalversammlung das Recht zur Bildung eines freiwilligen Reservekontos. Es beruht nämlich auf einem allgemeinen Handelsgebrauch, daß die Dividende in Prozenten oder bequemen Bruchteilen von Prozenten festgesetzt und der bei dieser Abrundung überschießende Betrag auf neue Rechnung vorgetragen wird (Behrend, § 133; Pinner, S. 216; Simon, S. 248). Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man sagt, daß Bruchteile von weniger als $^1/_2$ Prozent nicht als Dividenden verteilt werden.

Wenn die Anfechtung unterlassen wird, behält übrigens ein Generalversammlungsbeschluß, durch welchen unzulässigerweise ein Reservekonto angelegt wird, seine Wirksamkeit, und von diesem Gesichtspunkte aus kann eine Dotierung von freiwilligen Reservekonten auch sonst auf Generalversammlungsbeschluß beruhen.

Auch dem Vorstande oder Aufsichtsrate kann das Statut die Schaffung von Reservefonds überlassen (Simon, S. 239; Pinner, S. 216). Denn auch wenn man annimmt, daß in dieser Überlassung eine Delegation des der Generalversammlung zustehenden Rechtes, über die Gewinnverteilung zu beschließen, gelegen ist (dagegen Alterthum a. a. O., S. 121), so läßt sich nach dem geltenden Gesetze die Unzulässigkeit einer solchen Delegation nicht begründen.

4. **Die Dotierung der Reservefonds** ist, wie deren Anordnung, der Bestimmung des Statutes überlassen. In der Regel widmen die Statuten einen Teil des periodischen Reingewinnes sowie gewisse außerordentliche Einnahmen der Gesellschaften jenen Fonds, z. B. Verzugszinsen und Konventionalstrafen wegen verzögerter Einzahlungen oder das erzielte Emissionsagio (Renaud, S. 679). Nach § 53 A. Reg. ist in das Statut eine Bestimmung aufzunehmen, daß dem Reservefonds, dessen Bildung das Statut vorschreiben muß, folgende Beträge zuzuführen sind: **§ 5.**

a) Mindestens 5 Prozent des jährlichen Reingewinnes, solange der Reservefonds 10 Prozent des Grundkapitals nicht überschreitet. Unter dem Reingewinne ist der bilanzmäßige Gewinn, nicht das Gewinnerträgnis des betreffenden Jahres zu verstehen, daher ist der Gewinnvortrag des Vorjahres einzurechnen. (Über die verschiedenen Ansichten in Theorie und Praxis, über die Auslegung der gleichlautenden Bestimmung des § 262, Z. 1 d. HGB. in dieser Richtung vergl. Staub[8] zu § 262; de lege ferenda gegen unsere Ansicht Gutachten der Wiener Börsekammer zu Frage 35 des Fragebogens.)

Unter dem jährlichen Reingewinne ist daher zu verstehen das, was übrig bleibt nach Dotierung der unechten Reservekonten (Erneuerungsfonds, Delkredere fonds, soweit sie die Stelle von erforderlichen Abschreibungen ersetzen) und der anderen gesetzlichen Reservekonten: Schulden und Aktienkapital, dagegen ohne Rücksicht auf die Dotierung der statu-

Digitized by Google

tarischen Reservekonten (über die verschiedenen Reservekonten vergl. oben § 3). Dagegen ist die Generalversammlung durch die in dieser Bestimmung des Aktienregulativs enthaltene Vorschrift nicht gehindert, die Ziffer des Reingewinnes zu verringern durch Abschreibungen, auch wenn dieselben durch die wirkliche Wertverminderung nicht geboten sind. Tut sie dies und bleibt ihr Beschluß unangefochten, so bildet sie dadurch stille Reserven. Dieselben treten in der Bilanz nicht hervor und nur von den aus der Bilanz sich ergebenden Gewinnüberschüssen ist die Reservefondsdotierung zu berechnen.

Ist ein Reingewinn nicht erzielt, so unterbleibt die Dotierung des Reservekontos. Es braucht im nächsten Jahre, wenn in demselben Gewinn erzielt ist, nicht etwa um soviel mehr eingestellt zu werden.

Bis das Reservekonto 10 Prozent des Grundkapitals beträgt. Unter dem Grundkapital ist das gezeichnete, nicht das eingezahlte zu verstehen. (OLG. Dresden in GZ. 35, S. 238). Ist diese Grenze erreicht, so hört die Dotierung des Reservekontos auf. Wodurch diese Höhe erreicht ist, ist gleichgültig, ob durch Zuführung von Reingewinn oder von Emissionsagio. Wenn daher eine Aktiengesellschaft gleich bei der Gründung oder bei einer Kapitalserhöhung 10 Prozent des Aktienkapitals als Agio erzielt, so braucht eine weitere Dotierung zunächst nicht zu erfolgen. Weitere Zuführungen sind eventuell ungesetzlich und anfechtbar, wenn das Statut sie nicht anordnet (Simon, S. 280; Neukamp, S. 82). Auch bei Sacheinlangen kann ein Agio erzielt werden. Denn wenn ein Inferent Aktien in geringerem Nennbetrage erhält, als der Wert der Einlage beträgt, so können die Aktien mit einem entsprechenden Agio ausgegeben werden (Simon, S. 280). Aber sie müssen in einem solchen Falle natürlich nicht mit Agio ausgegeben werden, sondern können auch al pari ausgegeben werden.

§ 6. b) Die Beträge, welche als Preis für Ausgabe der Aktien über den Nennbetrag und über die Emissionskosten erzielt werden.

Von den über den Nennbetrag erzielten Beträgen dürfen lediglich die Emissionskosten (Stempel, Provision, Notariaspesen usw.) abgezogen werden. Die Stückzinsen, welche nach den Emissionsbedingungen regelmäßig von den Zeichnern neuer Aktien gefordert werden, wenn die Aktien im Laufe des Geschäftsjahres ausgegeben wurden, aber doch an der Dividende des ganzen Jahres teilnehmen, sind in die dem Reservefonds einzuverleibenden Beträge einzurechnen.

§ 7. c) Die Beträge, die von Aktionären für die Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien eingezahlt werden, soweit nicht deren Verwendung zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird. Gedacht ist an den Fall, daß ohne Erhöhung des Grundkapitals Vorzugsaktien geschaffen werden (Nothnagel, S. 139), was nach unserer Ansicht im Wege des Majoritätsbeschlusses nicht geschehen kann (vergl. § 1 im 2. Exkurse zu Art. 215). Durch diese Vorschrift wird bezweckt, daß der Betrag solcher Zuzahlungen nicht sofort wieder zur Verteilung gelangt, sondern demjenigen Zwecke diene, für welchen er von den Aktionären eingezahlt ist, zur Stärkung der wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft. Deshalb soll sein Betrag zunächst verwendet werden können zu Abschreibungen oder zur Deckung von Verlusten. Zwar ist gesagt: zu außerordentlichen Abschreibungen und zur Deckung von außer-

Digitized by Google

ordentlichen Verlusten. Damit ist aber nicht etwa gemeint, daß ordentliche, wirklich notwendige Abschreibungen und gewöhnliche Betriebsverluste, selbst wenn der Grund nicht außerordentlicher Natur ist, ausgeschlossen sind; vielmehr ist an den regelmäßigen Fall der Zweckbestimmung solcher Zuzahlungstransaktionen gedacht. Ordentliche Abschreibungen und Betriebsverluste können also jedenfalls durch jene Zuzahlungen gedeckt werden, und auch dann können Abschreibungen und Verluste jeder Art durch jene Zuzahlungen gedeckt werden, wenn nicht gerade eine Unterbilanz vorhanden ist (dies gegen Simon, S. 226). Soweit aber jene Zuzahlungen zu Abschreibungen und Deckung von Verlusten nicht verwendet werden, sollen sie dem obligatorischen Reservefonds einverleibt und so der Verteilung entzogen werden. Gleichgültig ist dabei, welche Höhe der obligatorische Reservefonds schon hat, und insbesondere, ob er nicht etwa schon bis zur gesetzlichen Höhe angewachsen ist.

Daß die Kosten der Transaktion (Stempel, Provisionen, Gerechts- und Notariatskosten, etwaige Einkommensteuer) von den dem Reservefonds zuzuführenden Beträgen in Abzug kommen, ist zwar hier nicht gesagt, muß aber unter analoger Anwendung der Vorschrift bei Nr. 2 auch hier angenommen werden.[25])

5. **Die Verwendung des Reservefonds** steht im Belieben der Gesellschaft, § 8.
wenn nicht die Widmung des Reservefonds zu bestimmten Zwecken im Statute angeordnet ist, also ein sogenannter Spezialreservefonds vorliegt. Solange eine Änderung der Statutenbestimmung nicht erfolgt ist, ist eine Verwendung des Reservefonds zu anderen Zwecken statutenwidrig. Ist hingegen eine solche Widmung nicht erfolgt, liegt ein allgemeiner Reservefonds vor, so kann derselbe jederzeit zu beliebigen Zwecken, insbesondere auch zur Ergänzung der Dividende herangezogen werden (Reisch und Kreibig II., S. 65).

Nach dem Aktienregulativ ist der nach § 53 zu bildende Reservefonds in gewisser Richtung ein Spezialreservefonds, indem nach dem Aktienregulativ das Statut bestimmte Vorschriften über die Verwendung dieses Reservefonds treffen muß.

a) Solange der Reservefonds den zehnten Teil des Grund- § 9.
kapitals nicht überschreitet, darf derselbe nur zur Deckung von Verlusten verwendet werden. Es muß nicht gerade ein aus der Bilanz sich ergebender Verlust sein. Auch ein im Laufe des Geschäftsjahres eintretender Verlust kann auf diese Weise ausgeglichen werden (anders nach § 262 d. HGB.). Ein Generalversammlungsbeschluß, der die Verwendung des Reservefonds, bevor er den zehnten Teil des Grundkapitals erreicht, zu anderen Zwecken beschließen würde, würde gegen das Statut verstoßen und wäre anfechtbar. Ob der einzelne Aktionär ein Recht darauf hat, daß die Generalversammlung die Ausgleichung von Verlusten durch Heranziehung der Reservefonds beschließt, hängt von der Fassung des Statutes ab; enthält das Statut nichts anderes als das Verbot, den Reservefonds zu anderen Zwecken als zur Deckung von Verlusten zu verwenden, enthält es aber nicht gleichzeitig

[25]) Die Vorschriften des Aktienregulativs über die Dotierung des obligatorischen Reservefonds entsprechen fast wörtlich den Bestimmungen des § 262 d. HGB. über die Dotierung des gesetzlichen Reservefonds.

Digitized by Google

das Gebot, daß der Reservefonds zu diesem Zwecke verwendet werden muß, so ist das erwähnte Recht der Aktionäre zu verneinen.

§ 9a. b) Hinsichtlich des den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigenden Betrages des Reservefonds kann das Statut eine beliebige Verwendung anordnen, sofern es sich nicht um Verwendung dieser Beträge zur Ergänzung der Dividende handelt. § 53, Abs. 2, denkt nur an die Verwendung des den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigenden Betrages des Reservefonds zur Ergänzung der Dividende, will aber damit nicht eine Statutenbestimmung, welche eine andere Verwendung dieser Beträge anordnet, als unzulässig erklären.

α) Es darf lediglich eine Ergänzung der Dividende bis zu höchstens 5 Prozent des eingezahlten (nicht des gezeichneten) Grundkapitals angeordnet werden.

β) Von dieser Dividendenergänzung ist ein Betrag auszuschließen, welcher den nach § 53, Abs. 1, Z. 2 und 3, zur Bildung des Reservefonds zu verwendenden Beträgen entspricht. Hinsichtlich der Zahlungen, die die Aktionäre über den Nennbetrag hinaus leisten, ergibt sich diese Bestimmung aus der Natur der Sache. Denn diese Zahlungen sind nicht Gewinn, sondern ein Teil der Einlagepflicht der Aktionäre (vergl. Lehmann II., S. 296; Rehm, S. 551; Gutachten der Wiener Börsekammer zu Frage 35 des Fragebogens, Gutachten der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer und des niederösterreichischen Gewerbevereines zu Frage 37 des Fragebogens).

γ) Die Verwendung des Reservefonds zur Dividendenergänzung darf erst nach Deckung aller bilanzmäßigen Verluste der Gesellschaft erfolgen. Diese Bestimmung ist eigentlich selbstverständlich. Denn solange die Bilanz keine Überschüsse der Aktiven über die Passiven aufweist, darf überhaupt nicht zur Verteilung von Gewinn geschritten werden (vergl. Rehm, S. 629). Es liegt hier kein Widerspruch mit dem vor, was bei § 4 zu Art. 216 ausgeführt wurde; denn man kann nicht sagen, daß durch die Feststellung jener Bilanz, die einen Reingewinn ausgewiesen hat, von dem ein Teil zur Bildung des Reservefonds verwendet wurde, die Aktionäre in Ansehung des zur Bildung des Reservefonds rückgelegten Gewinnes ein unentziehbares Dividendenrecht erworben haben; denn die Bestimmung des Statuts, daß ein Teil dieses Gewinnes rückgelegt werden muß, schließt ja die Entstehung eines solchen Rechtes im vorliegenden Falle aus.

§ 10. 6. **Die Auflösung** des Reservefonds ist Aufhebung des Fonds, die nicht in der Verwendung desselben zu seinem festgesetzten Zwecke besteht (Rehm, S. 628).

Soweit das Reservekonto auf Statutenbestimmungen beruht, kann nur dieselbe Rechtsquelle es wieder aufheben, und zwar nicht bloß für die Folgezeit, sondern ein Statutenänderungsbeschluß kann auch bestimmen, daß das bisher auf Grund statutarischer Bestimmung angesammelte Reservekonto aufgehoben und entweder zu einem anderen Konto (Erneuerungs-, Delkrederekonto oder sonst) umgewandelt oder daß es gestrichen werde. Diejenige Rechtsquelle, die eine Anordnung treffen kann, kann sie auch aufheben, nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit. In gleicher Weise muß sich der Aktionär ja auch gefallen lassen, daß der Gesellschaftsvertrag in anderen und wesentlichen Bestimmungen per majora abgeändert werde (Neukamp in GZ. 38, S. 10 ff.; RG. 28, S. 45;

Digitized by Google

Cosack, S. 653; Pinner, S. 213; Förtsch, Anm. 5 zu Art. 185b; Denkschr. S. 159; dagegen Simon, S. 261).

Soweit endlich das Reservekonto auf einfachem Generalversammlungsbeschluß beruht, kann es durch einen ebensolchen Beschluß umgewandelt und gekürzt werden. Hätte z. B. eine Generalversammlung ohne Statutenänderung beschlossen, einen höheren als den statutarischen Betrag dem gesetzlichen Reservekonto zuzuführen — ein Beschluß, der nur dann zulässig wäre, wenn die Generalversammlung über den Reingewinn nach Gutdünken zu verfügen hätte — so kann eine spätere Generalversammlung durch einfachen Beschluß diesen Betrag dem Reservekonto entziehen (vergl. auch hierfür RG. 28, S. 43; Neukamp in GZ. 38, S. 113).

Soll jedoch die Verwendung des aufgelösten Reservefonds in der Verteilung desselben an die Aktionäre bestehen, so ist deren Zulässigkeit nach § 53, Abs. 4 A. Reg. im Statute von besonderen Voraussetzungen abhängig zu machen. § 53, Abs. 4 A. Reg. bestimmt nämlich: „Ein bei der Gesellschaft angesammelter Fonds kann zur Verteilung an die Aktionäre, abgesehen von dem Falle einer teilweisen Rückzahlung des Aktienkapitals, unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften überhaupt nur insoweit, als dies nach den Statuten zulässig ist und nur in der Form der Auszahlung einer außerordentlichen Dividende über Beschluß der ordentlichen Generalversammlung auf Grund der Jahresbilanz herangezogen werden." Die Bestimmung des Aktienregulativs bezieht sich auf alle Reservefonds; sowohl diejenigen, welche nach § 53 A. Reg. im Statute angeordnet werden müssen, als auch diejenigen, welche das Statut freiwillig anordnet, und endlich auch diejenigen, welche durch Generalversammlungsbeschluß angeordnet wurden. Letztere könnten an sich auf Grund eines einfachen Generalversammlungsbeschlusses aufgehoben werden und es könnten dann die freigewordenen Beträge an die Aktionäre verteilt werden. Nach dem Gesetze bedürfte es hiezu keiner statutarischen Gestattung. Um also der Vorschrift des Aktienregulativs, daß eine Verteilung irgendeines Fonds an die Aktionäre nur zulässig ist, wenn dies das Statut gestattet, hinsichtlich der durch bloßen Generalversammlungsbeschluß angeordneten Fonds praktische Wirksamkeit zu verleihen, muß in das Statut eine Bestimmung aufgenommen werden, welche der Generalversammlung hinsichtlich aller Reservefonds in der angeführten Richtung die Dispositionen entzieht (vergl. Rehm, S. 629). Die Bestimmung des Aktienregulativs, daß der durch die Aufhebung eines Reservefonds freigewordene Betrag erst auf Grund der Bilanz und nur über Beschluß der Generalversammlung an die Aktionäre verteilt werden darf, ist selbstverständlich. Denn erst auf Grund der Bilanz, die bloß die Generalversammlung feststellen kann, läßt sich entscheiden, ob überhaupt verteilbare Aktiven vorhanden sind. Zeigt sich bei der Bilanz, daß die Gesellschaftsaktiven einschließlich der durch das aufgelöste Reservekonto gebundenen Aktiven die Passiven auch mit Ausschluß der durch die Auflösung des Reservekontos weggefallenen Passivpost nicht decken, so kann an die Aktionäre überhaupt nichts verteilt werden. Endlich muß im Statute bestimmt werden, daß der Reservefonds, sofern nicht die gesetzlichen Vorschriften über die Rückzahlung des Grundkapitals beobachtet werden, an die Aktionäre nur in Form einer außerordentlichen Dividende ausbezahlt werden darf. Der Sinn dieser Bestimmung ist nicht ohneweiters klar. Die Zahlung in Form einer außerordentlichen Dividende ist anscheinend im Gegensatze zur Zahlung zum Zwecke der Einziehung des Aktienrechtes gedacht (vergl. § 3 im

Digitized by Google

2. Exkurse zu Art. 248). So verstanden, bildet dann die gegenständliche Bestimmung ein Korrolar zur Bestimmung des § 33, letzter Absatz A. Reg., wonach ein zum Zwecke der Tilgung von Aktienrechten angesammelter Fonds tatsächlich zu dieser Tilgung nur unter Beobachtung der für die Reduktion des Grundkapitals bestehenden Vorschriften herangezogen werden kann (vergl. § 7 im 1. Exkurse zu Art. 248).[26])

Artikel 240.

Ergibt sich aus der letzten Bilanz, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, so muß der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung berufen und dieser, sowie der zuständigen Verwaltungsbehörde davon Anzeige machen.

Die Verwaltungsbehörde kann in diesem Falle von den Büchern der Gesellschaft Einsicht nehmen und nach Befinden der Umstände die Auflösung der Gesellschaft verfügen.

Ergibt sich, daß das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, so muß der Vorstand hievon dem Gerichte behufs der Eröffnung des Konkurses Anzeige machen.

Einleitung. **Der Artikel normiert die Pflichten des Vorstandes bei eintretenden Schwierigkeiten der Gesellschaftsverhältnisse.** Dabei regelt Abs. 1 das Verhalten des Vorstandes im Interesse der Aktionäre, Abs. 2 das Verhalten der Verwaltungsbehörde und Abs. 3 das Verhalten des Vorstandes im Interesse der Gesellschaftsgläubiger.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Im Interesse der Aktionäre ist angeordnet, daß der Vorstand einen Bilanzverlust in der Höhe der Hälfte der Grundkapitalsziffer unverzüglich der Generalversammlung und der zuständigen Verwaltungsbehörde anzeigen muß.**

a) Die Jahresbilanz oder eine sonstige im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellte Bilanz muß den Verlust[1]) ergeben haben. Aus welchem Anlaß die Zwischenbilanz aufgestellt ist, ist gleichgültig. Eine gesetzliche Verpflichtung zu Zwischenbilanzen, etwa Semestralbilanzen, besteht nicht. Sie können statutarisch angeordnet, auch von der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrate kraft seiner statutarischen Befugnisse gefordert oder aus eigener Initiative des Vorstandes aufgestellt sein.

§ 2. b) Ein bilanzmäßiger Verlust muß vorhanden sein. Ein Geschäftsverlust im Laufe des Jahres ist gleichgültig, wenn der Saldo der Bilanz keinen Verlust in der hier gemeinten Höhe ergeben hat.

---

[26]) Eine Erörterung über die steuerrechtliche Behandlung der Reservefonds ist hier nicht möglich. Wir müssen darauf verzichten, auf die bestrittene Frage nach dem Reservefondsbegriffe im Sinne des Personaleinkommensteuergesetzes einzugehen; wir können lediglich verweisen auf die §§ 94 bis 98 des Personaleinkommensteuergesetzes, die Ausführungen bei Rehm, S. 510 ff.; ferner bei Reisch und Kreibig II., S. 71 ff.; endlich auf die umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes über die einschlägigen Fragen (vergl. Bugno, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf dem Gebiete des Gesetzes vom 25. Oktober 1896, RGBl. Nr. 220).

[1]) Der Art. 240 ist insofern nicht ganz richtig redigiert, als nicht das Grundkapital, sondern das Vermögen der Gesellschaft sich vermindert, und zwar um die Hälfte der Grundkapitalsziffer. Die Aktiennovelle vom Jahre 1884 hat durch entsprechende redaktionelle Änderung des Art. 240 den angeführten sprachlichen Bedenken Rechnung getragen (vergl. Motive hiezu S. 361).

Digitized by Google

c) Der Bilanzverlust muß ziffermäßig so viel betragen, als die Hälfte der Ziffer des Grundkapitals beträgt, das heißt des gezeichneten, nicht etwa des eingezahlten Grundkapitals (Ring, Anm. 1; Lippold in Busch Archiv 30, S. 244). Alsdann ist der Verlust so erheblich, daß die Aktionäre davon verständigt werden müssen, um zu beraten, was nun geschehen soll. § 3.

d) Der Vorstand hat diese Verpflichtung, das heißt der Vorstand in seiner Gesamtheit, oder vielmehr in derjenigen Zusammensetzung, in welcher er zur Geschäftsführung befugt ist, doch muß jedes Mitglied auf die Erfüllung dieser Pflicht hinwirken und nötigenfalls dem Aufsichtsrate davon Anzeige machen, da auch dieser die Verpflichtung hat, über die Erfüllung dieser Pflicht zu wachen (auf Grund des Art. 225, Abs. 2). § 4.

e) Der Vorstand muß. Er ist dazu verpflichtet und kann von der staatlichen Aufsichtsbehörde zur Erfüllung dieser Verpflichtung angehalten werden. Außerdem ist er für Erfüllung dieser Pflicht zivilrechtlich haftbar (Art. 241). § 5.

f) Das Statut kann den Vorstand von dieser Verpflichtung nicht befreien. Wenn auch die Vorschrift nur im Interesse der Aktionäre gegeben ist (vergl. die Einleitung) und an die Zuwiderhandlung eine Strafe nicht geknüpft ist, so folgt doch daraus nicht, daß die Bestimmung keinen öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Sie hat nur nicht eine so hohe Bedeutung, daß auch kriminelle Mittel am Platze erschienen. § 6.

g) Die Generalversammlung muß unverzüglich berufen und ihr Anzeige gemacht werden. Aus Art. 238 folgt die fernere Verpflichtung, bei der Berufung den Zweck der Generalversammlung bekanntzumachen. Der Zweck ist aber die Anzeige. Eine Verhüllung oder Verschleierung dieses Zweckes, wenn auch in wohlmeinender Absicht, ist unstatthaft, und insbesondere entspricht die von Völderndorff (S. 711) vorgeschlagene Tagesordnung: „Beratung und Beschlußfassung über Beschaffung weiterer Mittel zum Betriebe des Unternehmens" nicht der gesetzlichen Vorschrift. Andrerseits wird mit der bloßen Anzeige des Bilanzverlustes wenig geholfen sein, da die Generalversammlung ohne vorherige Ankündigung sachliche Beschlüsse nicht fassen kann. Es wird sich daher empfehlen, daß der Vorstand gleichzeitig seine Vorschläge zur Abhilfe des Übelstandes publiziert. § 7.

h) Die Generalversammlung nimmt die Anzeige entgegen und erörtert die einschlägigen Gesichtspunkte. Sachliche Beschlüsse kann sie aber, wie eben ausgeführt ist, nur dann fassen, wenn die Tagesordnung entsprechend publiziert ist. Sonst muß für eine neue Generalversammlung Sorge getragen werden. Ihre Maßnahmen können sehr verschiedenartig sein: Liquidation der Gesellschaft; Absetzung des Vorstandes; Aufnahme von Anleihen; Erhöhung des Grundkapitals; Herabsetzung desselben usw. § 8.

i) Gleichzeitig ist die Anzeige an die Verwaltungsbehörde zu erstatten. Diese Behörde ist, wie sich aus § 34 EinfG. zum HGB. und §§ 7 und 25 des VersG. ergibt, die Statthalterei oder Landesregierung, in deren Sprengel die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat. § 9.

2. (Abs. 2.) **Der staatlichen Aufsichtsbehörde werden hier zwei Befugnisse eingeräumt.** § 10.

a) **Die Einsicht in die Bücher der Gesellschaft.** Die ausdrückliche Einräumung dieser Befugnis schien der Redaktionskommission notwendig,

Digitized by Google

weil ein allgemeines Recht der Regierung auf Einsicht in die Bücher der Aktiengesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche nicht für begründet angenommen wurde (P. 4544; Hahn, § 1 zu Art. 240). Nach österreichischem Rechte umfaßt das Aufsichtsrecht der Regierung nach dem umfassenden Wortlaute des § 22 VerG. wohl auch die Befugnis, nach Belieben Einsicht in die Bücher der Aktiengesellschaft zu nehmen (vergl. Tezner im Österreichischen Staatswörterbuch unter Artikel: Vereinsrecht; vergl. § 38 Vers. Reg.). Wenn diese Auslegung des § 22 VerG. richtig ist, so ist die in Rede stehende Bestimmung des Art. 240 für das österreichische Recht ohne Bedeutung. Oft wird zur Vermeidung von Zweifeln in den Statuten der Aufsichtsbehörde das Recht auf Bücher-einsicht ausdrücklich eingeräumt.

§ 11. b) **Die Befugnis, die Auflösung der Gesellschaft zu verfügen.** Das Handelsgesetzbuch hat hier der Verwaltungsbehörde dieses Recht für einen bestimmten Fall ausdrücklich eingeräumt; ob ein gleiches Recht der Verwaltungsbehörde auch in anderen Fällen zusteht, darüber siehe § 15 zu Art. 242. Die Verwaltungsbehörde entscheidet nach freiem Ermessen, ob sie von dem Rechte, die Gesellschaft aufzulösen, Gebrauch machen will. Der einzelne Aktionär kann sie zur Ausübung dieser Befugnis nicht zwingen (vergl. § 18 zu Art. 208). Gegen das Auflösungserkenntnis der politischen Landesbehörde ist der Rekurs an das Ministerium des Innern zulässig (§ 25 VerG.); auch die Beschwerde an das Reichsgericht ist zulässig (vergl. hierüber § 15 zu Art. 242).

§ 12. 3. (Abs. 3.) **Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist hier angeordnet, daß der Vorstand die sich ergebende Überschuldung behufs Konkurseröffnung dem Gerichte anzeigen muß.**

Die ganze Bestimmung entbehrt für das österreichische Recht der praktischen Anwendbarkeit. Denn die Frage, ob und wann Überschuldung einen Grund zur Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Aktiengesellschaft bildet, ist ausschließlich nach den Bestimmungen der Konkursordnung zu beantworten (Art. I, Abs. 2 des EinfG. zur KO.) und die in diesem Absatze ausgesprochene Anzeigepflicht, die formell nicht aufgehoben worden ist, entbehrt jeder praktischen Bedeutung, da nach österreichischem Rechte — wie im folgenden gezeigt werden wird — die Anzeige der Überschuldung gar keine konkursrechtlichen Wirkungen ausübt. Die in dem vorliegenden Absatze geregelte Materie, nämlich die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Aktiengesellschaft aus dem Grunde der Überschuldung über Anregung der Gesellschaft selbst, stellt sich nach österreichischem Rechte wie folgt:

§ 13. a) Die Überschuldung ist ein Grund zur Konkurseröffnung, wenn der Schuldner aus diesem Grunde die Eröffnung des Konkurses begehrt. Denn die Worte in § 62, Z. 1 KO.: „wegen Unvermögens, seine Schulden zu bezahlen", beziehen sich sowohl auf die Überschuldung (Insuffizienz) als auf die Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) (R. Pollak, Konkursrecht, S. 66; anscheinend dagegen Schwarz, Österr. Konkursrecht I., S. 57). Überschuldung ist vorhanden, wenn das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt (wie Art. 240, Abs. 3, wörtlich sagt). Die Überschuldung muß mit der Zahlungseinstellung nicht zusammenfallen, da bei der Frage, ob Überschuldung vorliegt, auch noch nicht fällige Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind; andrerseits kann Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung, aber keine Überschuldung vorliegen, nämlich dann, wenn

Digitized by Google

die fälligen Passiven zwar durch Aktiven gedeckt sind, letztere aber schwer realisierbar sind (R. Pollak, Konkursrecht, S. 63). Bei Feststellung des Umstandes, ob eine Aktiengesellschaft als überschuldet erscheint, ist von den für die Aktiengesellschaftsbilanz geltenden Vorschriften ganz und gar abzusehen. Die Geschäftsbilanz der Aktiengesellschaft und der Saldo derselben hat mit dem Begriffe der Überschuldung nichts zu tun. Die regelmäßige Bilanz der Aktiengesellschaft wird nicht aufgestellt, um festzustellen, wieviel Vermögen und wieviel Schulden die Gesellschaft, sondern wieviel Werte die Gesellschaft hat und wieviel an Werten sie zu ihrem Gedeihen gebraucht. Es ist aber durchaus nicht bloß der Betrag der Schulden, der zum Gedeihen der Gesellschaft und zum Schutze der Gläubiger zurückbehalten werden muß (vergl. § 24 zu Art. 239).

Für die Feststellung der Überschuldung sind dagegen ganz andere Gesichtspunkte maßgebend. Gleichviel, ob die Aktiva sich zur Verteilung unter die Aktionäre eignen oder nicht, soll hier nichts weiter festgestellt werden als die Frage: wieviel Vermögen besitzt die Gesellschaft? und wieviel betragen ihre Schulden, ihre wirklichen Passiva?

Zum Vermögen gehören dabei alle Aktiva, bei nicht eingezahlten Aktien selbstverständlich auch die Forderungen auf die fehlenden Einzahlungen (vergl. Mot. zum Akt. Ges. von 1884, S. 360). Zu bewerten sind aber die Aktiva nach ihrem wahren Werte. Der Buchwert als solcher, den Petersen und Pechmann (S. 547, sowie Ring, Anm. 3) zu Grunde legen wollen, ist nicht unbedingt maßgebend, nämlich dann nicht, wenn auf Grund statutarischer Anordnung sich über das Bedürfnis hinausgehende Abschreibungen vorfinden (über Zulässigkeit solcher statutarischer Anordnungen vergl. § 14 zu Art. 239). Oft sind wertvolle Gegenstände auf 1 Krone abgeschrieben. Andrerseits kann ein den wahren Wert übersteigender, in die Bilanz aufgenommener Wertansatz auch dann nicht in Betracht kommen, wenn zur Ausgleichung des Mehrwertes Abschreibungen vorgenommen werden (vergl. § 49, Abs. 5 A. Reg.). Als Passiva kommt das in Betracht, was eigentlich allein so genannt werden sollte: die Schulden, und nur diese. Was sonst in der Aktienbilanz auf der Passivseite steht, sind keine Schulden, sondern sind Beträge, welche der lebenden Gesellschaft aus irgendeinem Grunde erhalten werden müssen. Die sämtlichen übrigen Reservekonten, einschließlich der Grundkapitalsziffer, fallen also fort und bleiben außer Ansatz. (Vergl. die bei Note 31 zu § 486 StG. in der Manzschen Gesetzausgabe mitgeteilte KassHE. vom 5. April 1877.) Zust. Lehmann II., S. 601, 602, Randa II., S. 224, Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte, S. 98, Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft, S. 20 ff.).

b) Die Überschuldung als solche führt nur zur Konkurseröffnung, wenn der Schuldner aus diesem Grunde auf Eröffnung des Konkurses anträgt (§ 62, Z. 1 KO.). In dieser Hinsicht gilt für Aktiengesellschaften nichts anderes als für jeden anderen Gemeinschuldner. Der Antrag auf Konkurseröffnung aus dem Grunde der Überschuldung unterscheidet sich von der bloßen Anzeige der Überschuldung, wie sie Art. 240, Abs. 3, erwähnt. Es muß ein ausdrückliches Begehren um Konkurseröffnung vorliegen. Die bloße Mitteilung der Überschuldung aber führt auch beim kaufmännischen Konkurse, wenn sie nicht gleichzeitig die Mitteilung der Zahlungseinstellung enthält, nicht zur Konkurs- **§ 14.**

Digitized by Google

eröffnung (vergl. Schwarz, a. a. O. II., S. 47). Der Antrag auf Konkurseröffnung ist ein Dispositionsakt, kann daher rechtswirksam nur von jenen Personen ausgehen, die mit Wirksamkeit für und gegen die Gesellschaft handeln können, also vom Vorstande oder den Liquidatoren (vergl. aber unten Zusatz).

§ 15. c) Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren sind verpflichtet, bei eingetretener Überschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Diese Verpflichtung ist zwar nicht im Art. 240 ausgesprochen, weil dort nur von einer Verpflichtung, die Überschuldung der Gesellschaft anzuzeigen, die Rede ist, eine solche Anzeige aber nach unserem Rechte ganz bedeutungslos ist. Die Verpflichtung, bei Überschuldung die Konkurseröffnung zu beantragen, hat vielmehr § 486 StG. jedem Schuldner auferlegt (R. Pollak, Konkursrecht, S. 66; Blaschke-Pitreich, S. 223; Finger, Strafrecht II., S. 251) und es ist selbstverständlich, daß diese Verpflichtung für den Fall, daß der Gemeinschuldner nicht handlungsfähig ist, dessen gesetzliche oder statutarische Vertreter trifft (KasshE. Slg. 318). Ob die Überschuldung durch die Jahresbilanz ohne eine andere Bilanz hervorkommt oder auf andere Weise bekannt wird, ist gleichgültig (auch Art. 240, Abs. 3, macht in dieser Richtung keinen Unterschied). Vergl. auch unter § 10.

§ 16. **Zusatz.** Der Konkurs über eine Aktiengesellschaft, der stets — auch während des Liquidationsstadiums — ein kaufmännischer ist, kann auch über Antrag eines Gläubigers unter den Voraussetzungen des § 198 KO. eröffnet werden. Endlich hat die Eröffnung des Konkurses über eine Aktiengesellschaft gemäß § 198 KO. zu erfolgen, wenn von deren Vorstand oder Liquidatoren die Zahlungseinstellung angezeigt wird, ohne daß in diesem Falle ein ausdrückliches Begehren um Konkurseröffnung gestellt zu werden braucht. Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren sind zur Erstattung der Anzeige der Zahlungseinstellung gesetzlich verpflichtet (§§ 194, 197, Abs. 1 KO.). Wird über die Anzeige des Vorstandes, daß die Gesellschaft die Zahlungen eingestellt hat, der Konkurs verhängt, so steht dem einzelnen Aktionär ein Beschwerderecht nicht zu (AdlCl. 1200). Für den Regelfall, daß Kollektivvertretung durch den Vorstand stattfindet, ergibt sich eine Lücke des Gesetzes, wenn nur ein Vorstandsmitglied oder ein Liquidator wegen Zahlungsunfähigkeit die Konkurseröffnung beantragt (§ 62, Z. 1 KO.) oder nur ein Vorstandsmitglied oder ein Liquidator die Anzeige der Zahlungseinstellung anzeigt (§ 198 KO.). Im ersten Falle stehen der Anwendbarkeit des Grundsatzes über die Kollektivvertretung wegen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aller gesetzlichen Vertreter (§ 486 StG., E.) Bedenken entgegen (vergl. auch Lehmann II., S. 603), im anderen deshalb, weil die Anzeige der Zahlungseinstellung keinen Dispositivakt darstellt (Frankl, S. 34). Die Lücke ist nunmehr durch analoge Anwendung der Bestimmung des § 85, Abs. 2 und 3 GmbHGB. gemäß § 7 ABGB. auszufüllen: Geht der Antrag nicht von allen gesetzlichen Vertretern aus, so ist bei Glaubhaftmachung der Überschuldung oder Zahlungseinstellung die Konkurseröffnung sogleich auszusprechen, andernfalls sind die übrigen gesetzlichen Vertreter einzuvernehmen. Bei Zustellungsschwierigkeiten (§ 85, Abs. 3) kann die Einvernehmung unterbleiben. Die Möglichkeit einer analogen Anwendbarkeit des § 85 GmbHG. auf Aktiengesellschaften betonen auch die Regierungsmotive.[2])

[2]) Keine analoge Anwendung des § 85 GmbHG. findet statt, wenn im Statute Einzelvertretung der einzelnen Vorstandsmitglieder angeordnet ist. In diesem Falle besteht

Digitized by Google

Artikel 241.

Die Mitglieder des Vorstandes sind aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nicht verpflichtet.

Mitglieder des Vorstandes, welche außer den Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. Dies gilt insbesondere, wenn sie der Bestimmung des Art. 217 entgegen an die Aktionäre Dividenden oder Zinsen zahlen, oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen leisten, in welcher ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen.

Einleitung. **Der Artikel trifft die Bestimmung, daß die Mitglieder des Vorstandes aus den namens der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen nicht persönlich verpflichtet sind** (Abs. 1), **und enthält eine allgemeine Bestimmung über die Haftung der Vorstandsmitglieder aus rechtswidrigen Handlungen** (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Bestimmung, daß die Mitglieder des Vorstandes aus den namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen persönlich nicht verpflichtet sind**, ergibt sich ohneweiters als Konsequenz aus Art. 230. Sie ist ein Ausfluß des Prinzips der direkten Stellvertretung. Dabei ist jedoch zu beachten, daß sich diese Vorschrift nicht auf Delikte bezieht. Aus diesen haftet zwar nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die Gesellschaft, aber auch diejenigen Vorstandsmitglieder selbst, denen sie zur Last fallen (vergl. § 6 zu Art. 230 am Schlusse).

§ 2. War das im Namen der Gesellschaft handelnde Vorstandsmitglied zu der fraglichen Rechtshandlung nicht oder nicht allein legitimiert, so haftet die Gesellschaft nicht, wohl aber das Vorstandsmitglied selbst als falsus procurator, und zwar sowohl auf Erfüllung als auf Schadenersatz, weil die in Art. 55 und 298 ausgesprochenen Vorschriften nur Ausfluß eines allgemeinen Prinzips sind (RG. 6, S. 214; RG. vom 16. Jänner 1894 in J. W., S. 86). Soweit daher die Haftung nach Art. 55 und 298 von der Haftung nach § 1009 ABGB. verschieden ist, finden die angeführten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und nicht § 1009 ABGB. Anwendung, da die analoge Anwendung des Handelsgesetzbuches der Anwendung des bürgerlichen Rechtes vorgeht. (Über die Unterschiede zwischen der Haftung nach Art. 55 und 298 einerseits und nach § 1009 ABGB. andrerseits vergl. § 4 zu Art. 55.) Ob der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht hat kennen müssen, ist gleichgültig (§ 8 zu Art. 55), ebenso kommt es darauf, ob auf Seiten des Pseudostellvertreters ein schuldhaftes Verhalten vorliegt, nicht an (vergl. § 3 zu Art. 55; Bolze 10, Nr. 302 b). Durch nachträgliche Genehmigung wird der Mangel der Vertretungsvollmacht geheilt.

Die Vorschrift schließt selbstverständlich nicht aus, daß ein Vorstandsmitglied sich ausdrücklich für eine Schuld der Gesell-

---

keine Lücke im Gesetze. Jedes Mitglied ist zur Stellung des Konkursantrages und zur Erstattung der Anzeige der Zahlungseinstellung legitimiert (vergl. § 197 KO., Frankl a. a. O.). Ob die angeführten Bestimmungen auf Gesellschaften m. b. H. auch bei statutarisch angeordneter Einzelvertretung anzuwenden sind (so Skerlj Nr. 5 zu § 85) mag hier unerörtert bleiben.

Digitized by Google

schaft verbindlich macht. Allein so weit geht seine Vollmacht nicht, daß es den jeweiligen Vorstand verbindlich machen könnte. Ist solche Vertragsbestimmung dennoch getroffen, so liegt in dem bloßen Eintritte in den Vorstand unter Kenntnis jener Bestimmung noch nicht die Übernahme der Verpflichtung (OLG. Hamburg in GZ. 35, S. 247).

§ 3. 2. (Abs. 2.) **Die Haftung der Vorstandsmitglieder.** Haftbar sind die einzelnen Vorstandsmitglieder; nur diese können belangt werden. Der Vorstand als solcher bildet keine Prozeßpartei (vergl. GlUNF. 2107).

a) **Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt** ist im Handelsgesetzbuche nicht normiert; jedoch ergibt sich die Richtigkeit der herrschenden Meinung, daß die Mitglieder des Vorstandes für jedes Verschulden haften, aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (§ 1297 ABGB.). Dieser Grundsatz führt zum praktischen Ergebnisse, daß die Mitglieder des Vorstandes die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben (vergl. § 2 zu Art. 282). Dies ist im § 241, Abs. 1 d. HGB. ausdrücklich ausgesprochen, Die ab und zu vertretene Meinung, daß Vorstandsmitglieder, die Aktionäre sind, gemäß Art. 94 nur für diligentia quam in suis haften, widerlegt sich einfach durch die Erwägung, daß die Aktiengesellschaft keine Gesellschaft ist und daß zwischen den Aktionären überhaupt kein Gesellschaftsverhältnis besteht (vergl. statt aller Renaud, S. 538).

§ 4. b) **Die Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder** ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift eine solidarische. Hiedurch erscheint für den vorliegenden Fall der Bestimmung des § 1302 ABGB., wonach zu unterscheiden ist, ob der Schade bloß durch ein Versehen oder durch bösen Vorsatz herbeigeführt wurde, derogiert. Die solidarische Haftung trifft aber nur diejenigen Mitglieder, die ein Versehen begangen haben, also diejenigen, die gemeinschaftlich an einer gesetz- oder statutenwidrigen Handlung mitgewirkt haben; wenn es sich um einen Majoritätsbeschluß handelt, so haften bloß diejenigen Vorstandsmitglieder, die an dem Zustandekommen desselben mitgewirkt haben (Renaud, S. 541). Hat eine Verteilung der Geschäftsführung unter die Mitglieder des Vorstandes stattgefunden, so ist jedes Mitglied des Vorstandes grundsätzlich nur für den Kreis seiner Geschäfte verantwortlich. Die übrigen Vorstandsmitglieder trifft nur eine allgemeine Kontrollpflicht; wieweit der Umfang derselben geht, ist allerdings quaestio facti. Ein Vorstandsmitglied, welches die Kontrollpflicht vernachlässigt, begeht ein Versehen und haftet aus demselben solidarisch mit denjenigen Vorstandsmitgliedern, die innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises die zum Schadenersatz verpflichtende Handlung vorgenommen haben.

§ 5. c) **Die Gründe der Haftung** sind im Art. 241 angeführt. Nur eine scheinbare Ergänzung finden die hier angeführten Haftungsgründe durch die Bestimmungen der Art. 245, Abs. 4 und 248, Abs. 3. Denn die dort angeführten Handlungen sind solche, die den Vorschriften des Gesetzes zuwiderlaufen, daher bereits unter den allgemeinen Wortlaut des Art. 241, Abs. 2, fallen (vergl. Mot. zum Akt. Ges. von 1884, S. 372, 374). Die im Gesetze enthaltene Aufzählung der Fälle, in denen die Mitglieder des Vorstandes eine Haftung trifft, ist aber keine erschöpfende. Denn aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich, daß die Mitglieder des Vorstandes, welche innerhalb ihrer gesetzlichen und durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß näher umgrenzten Kompetenz handeln,

Digitized by Google

dabei aber die ihnen obliegende Sorgfalt außer acht lassen, hiefür haften (Renaud, S. 541; Mot. zum Akt. Ges. von 1884, S. 362; dort auch weitere Literaturangaben). Z. B. wenn die Vorstandsmitglieder bei einem ihnen durch Generalversammlungsbeschluß aufgetragenen Verkauf von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens sich über die Zahlungsfähigkeit des Käufers nicht gehörig informieren. Als Handlungen, beziehungsweise Unterlassungen des Vorstandes, die zum Schadenersatze verpflichten, lassen sich demnach anführen: Handlungen gegen das Gesetz, Handlungen gegen das Statut, Handlungen gegen Weisungen seitens der Generalversammlung oder anderer dem Vorstande vorgesetzten Organe (Verwaltungsrat, Aufsichtsrat, Direktionsrat), kulpose Geschäftsführung. Diese Unterscheidung ist wichtig für die Frage, wem gegenüber den Vorstand die Haftung trifft (vergl. die folgenden Paragraphen).

d) **Wem haftet der Vorstand?** **§ 6.**

α) Jedenfalls der Aktiengesellschaft. Mit dieser stehen die Vorstandsmitglieder in einem Vertragsverhältnisse, haben daher alle aus diesem Verhältnisse entspringenden Verbindlichkeiten mit gehöriger Sorgfalt zu erfüllen.

β) Auch dem Gesellschaftsgläubiger? Der größte Teil der Judikatur **§ 7.** und Literatur, soweit dieselbe den noch in Österreich aufrechterhaltenen Text des Handelsgesetzbuches zum Gegenstande hat, nimmt an, daß Art. 241, Abs. 2, ganz allgemein den Vorstandsmitgliedern eine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auferlegt (RG. 10, S. 80; ROHG. 19, S. 181; RG. 7, S. 107; ROHG. 22, S. 239; Hahn, 3. Aufl., § 4 zu Art. 241; Bekker in GZ. 17, S. 442; Anschütz-Völderndorff II., S. 533 u. a. m.). Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Art. 241, Abs. 2, sagt nicht, wem gegenüber die Haftung der Vorstandsmitglieder eintritt. Daraus folgt nicht, daß die Haftung gegenüber jedermann eintritt.[1]) Wollte man in Art. 241, Abs. 2, schlechtweg eine Haftung des Vorstandes aus den in diesem Artikel aufgezählten Zuwiderhandlungen gegenüber allen Personen erblicken, die durch diese Zuwiderhandlungen geschädigt wurden, so müßte man diese Haftung auch annehmen, wenn der Vorstand nicht gegen Gesetz oder Statut, sondern bloß gegen die von der Generalversammlung oder einem anderen vorgesetzten Gesellschaftsorgane erteilten Weisungen gehandelt hätte. Ein solcher Rechtssatz würde aber derart den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechen, daß man denselben nur auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes anerkennen könnte. Über die Frage, wem gegenüber die Haftung eintritt, entscheidet vielmehr das bürgerliche Recht, sofern sich nicht aus anderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches eine bestimmte Antwort auf diese Frage entnehmen läßt. Das Handelsgesetzbuch selbst aber setzt eine Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern für bestimmte Gruppen rechtswidriger Handlungen fest, nämlich für rechtswidrige Zahlungen an die Aktionäre aus dem gesellschaftlichen Grundkapitale. Dies ist im Art. 248, Abs. 3,

[1]) Letztere Konsequenz wird gewöhnlich stillschweigend abgelehnt und nur gesagt, daß die Haftung auch gegenüber den Gläubigern eintritt. Wer aber aus dem Wortlaute des Art. 241, Abs. 2, überhaupt eine Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber anderen Personen als der Aktiengesellschaft eintreten läßt, muß diese Haftung gegenüber jedermann eintreten lassen, der den Schaden nachweisen kann, der ihm aus einer Handlung des Vorstandes erwachsen ist, die den letzteren nach Art. 241 haftungspflichtig macht.

Digitized by Google

ausdrücklich für den Fall ausgesprochen, daß die Vorstandsmitglieder Rückzahlungen aus dem Grundkapitale an die Aktionäre vornehmen, bevor die Schutzvorschriften, die hiefür bestehen, beobachtet worden sind. Das gleiche ergibt die bloße Auslegung des Art. 245, Abs. 4; denn dortselbst ist eine Ersatzpflicht für die Übertretung von Vorschriften aufgestellt, die in Abs. 2 und 3 desselben Artikels lediglich zu Gunsten der Gläubiger normiert sind. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf alle Fälle rechtswidriger Zahlungen aus dem Grundkapitale, insbesondere auf die in dem vorliegenden Artikel erwähnten Zahlungen von Zinsen und Dividenden über den erzielten Reingewinn hinaus ist zulässig. Denn auch die bloße analoge Anwendung von Bestimmungen des Handelsgesetzbuches geht der Anwendung des bürgerlichen Rechtes vor (vergl. für die analoge Anwendung der Art. 245, Abs. 4 und 238, Abs. 3, die Gründe des RG. 5, S. 24; dortselbst ist auch ausgeführt, daß Art. 248, Abs. 3, nicht zwischen den Gläubigern unterscheidet, die bereits vor der Zeit der rechtswidrigen Verkürzung des Grundkapitals vorhanden waren, und denjenigen Gläubigern, deren Forderungen erst nach diesem Zeitpunkte im Vertrauen auf das statutenmäßig fixierte und kundgemachte Grundkapital entstanden sind). Hinsichtlich aller übrigen Fälle, in denen sich der Vorstand haftungspflichtig machen kann, enthält das Handelsgesetzbuch keine direkte oder analog anwendbare Bestimmung. Die Frage, wem gegenüber die Haftung eintritt, ist daher nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Nach bürgerlichem Rechte verpflichtet eine Handlung zum Schadenersatze gegenüber anderen Personen als dem etwa vorhandenen anderen Kontrahenten nur dann, wenn sie eine dem objektiven Rechte an sich, ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Vertragsverhältnis widersprechende Handlung ist (vergl. statt aller Krainz-Ehrenzweig, § 338). Ist die Handlung nur mit Rücksicht auf ein bestimmtes Vertragsverhältnis unerlaubt, so verpflichtet sie außer dem anderen Kontrahenten niemand anderem gegenüber zum Schadenersatze. Sohin müssen wir den Grundsatz aufstellen, daß, abgesehen von den bereits erwähnten rechtswidrigen Auszahlungen aus dem Grundkapitale, nur solche Handlungen des Vorstandes, die sich als objektiv rechtswidrig, also als Delikte darstellen, nicht als bloße Verletzungen des zwischen dem Vorstande und der Gesellschaft bestehenden Vertragsverhältnisses, den Vorstand gegenüber anderen Personen als der Aktiengesellschaft zum Ersatze verpflichten. (Von diesem Gesichtspunkte aus will auch Lehmann II., S. 627, grundsätzlich die aufgeworfene Frage entscheiden.[2]) Diesen Charakter haben einmal Zuwiderhandlungen des Vorstandes gegen zwingende Rechtsvorschriften. Hieher gehören außer den bereits oben erwähnten Verkürzungen des Grundkapitals, z. B. die Verletzung der Buchführungspflicht, die sogar unter strafrechtliche Sanktion gestellt ist (vergl. § 486, lit. d, StG.), Unterlassung der Anzeige an die Verwaltungsbehörde, daß das Grundkapital sich um die Hälfte herabgemindert hat, Zahlungen nach eingetretener Überschuldung der Gesellschaft (vergl. § 486 StG.) und anderes. Nicht das gleiche kann von Verletzungen bloß dispositiver Gesetzesbestimmungen gelten; der Vor-

[2]) Die Bemerkung bei Krainz-Ehrenzweig § 138, Anm. 22, daß in den Fällen des Art. 241 ein besonderes Delikt, keine bloße Schuldverletzung vorliegt, ist wohl nur auf den dortselbst hervorgehobenen Fall zu beziehen, daß der Vorstand seine Vertretungsbefugnis überschreitet.

Digitized by Google

stand ist ja zur Befolgung derselben nur verpflichtet, weil bei der Übernahme des Vorstandsamtes mit der Aktiengesellschaft nichts anderes vereinbart wurde. Sein Verhalten ist also bloß im Hinblicke auf das vorliegende Vertragsverhältnis rechtswidrig. Als bloße Vertragsverletzung stellt sich das Zuwiderhandeln gegen statutarische Vorschriften dar. Es ist zwar Lehmann, der das Gegenteil behauptet (II., S. 265), zuzugeben, daß die Vorschrift, der Vorstand müsse das Statut beachten, eine zwingende ist, aber man kommt über die Tatsache nicht hinaus, daß der Vorstand, der bloß gegen das Statut handelt, keine objektive Rechtsnorm verletzt; denn eine solche stellt das Statut, trotzdem es kein Vertrag ist, nicht dar. Dies ändert sich auch nicht, wenn das Statut staatlich genehmigt wurde oder wenn dessen Inhalt auf Grund der Vorschrift des Aktienregulativs festgestellt wurde (vergl. § 9 zu Art. 207).[3])

Daß bloße kulpose Geschäftsführung nur der Gesellschaft gegenüber zum Schadenersatze verpflichtet, kann als selbstverständlich angesehen werden (Lehmann II., S. 269). Das gleiche gilt natürlich von Zuwiderhandlungen des Vorstandes gegen Weisungen seitens der Generalversammlung oder anderer vorgesetzter Gesellschaftsorgane.

Über die Haftung des Vorstandes als falsus procurator wurde bereits gesprochen (vergl. oben § 1).

γ) Haftet der Vorstand auch den einzelnen Aktionären? § 8.

Wir können die Erörterung der Frage nach den obigen Ausführungen (vergl. § 7) auf jene Fälle beschränken, in denen die schädigende Handlung des Vorstandes nicht bloß eine Verletzung seiner Vertragspflicht bildet, sondern ohne Rücksicht auf dieselbe dem objektiven Rechte widerspricht; denn nur mit der Aktiengesellschaft und nicht mit den Aktionären steht der Vorstand in einem Vertragsverhältnisse. Handelt es sich aber um eine Verletzung des objektiven Rechtes (vergl. die näheren Ausführungen über diesen Begriff oben § 7), so würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem einzelnen Aktionär wie jedem Dritten ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Vorstand zustehen, wenn er den ursächlichen Zusammenhang zwischen einem ihm erwachsenden Schaden und der rechtswidrigen Handlung des Vorstandes dartut. Jedoch läßt die rechtliche Gestaltung, welche das Handelsgesetzbuch der Aktiengesellschaft und dem Verhältnisse des einzelnen Aktionärs zur Korporation gegeben hat, nicht zu, den eben erwähnten Rechtssatz auf die einzelnen Aktionäre anzuwenden. Wir müssen vielmehr unterscheiden, ob die rechtswidrige Handlung sich als ein besonderes, gegen den einzelnen Aktionär gerichtetes Delikt darstellt oder den einzelnen Aktionär bloß mittelbar dadurch schädigt, daß derselbe von einem unmittelbar der Gesellschaft zugefügten Schaden infolge seiner Mitgliedschaft betroffen wird. Der Aktionär, der einen solchen Schadenersatzanspruch geltend machen wollte, würde damit ein Recht aus seiner Mitgliedschaft geltend machen; die Geltendmachung dieser Rechte ist aber grundsätzlich der Generalversammlung vorbehalten (vergl. Gründe bei AdlCl. 764; Renaud in GZ. 12, S. 14; vergl. auch GlUNF. 2107). Daß die Bestimmung des Art. 226 in Ver-

[3]) Auch das RG. 5, S. 24, legt, allerdings auf Grund eines anderen Gesetzestextes, bei Entscheidung der Frage, ob eine Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber Dritten eintritt, das Hauptgewicht auf den Umstand, ob gesetzliche oder statutarische Vorschriften verletzt wurden.

Digitized by Google

bindung mit Art. 194 und 195 nicht auf das Bestehen eines direkten Klagerechtes des einzelnen Aktionärs gegen die Mitglieder des Vorstandes schließen läßt, darüber vergl. § 1 zu Art. 226 und Renaud in GZ. 12, S. 15 ff. Das Gesetz kann eben nicht die Mitglieder des Vorstandes stets der einzelnen Klage der einzelnen Aktionäre aussetzen; auch befinden sich die Gläubiger gegenüber den Handlungen des Vorstandes tatsächlich in einer anderen Lage als die Aktionäre; denn der einzelne Aktionär kann durch die Stellung von Anträgen aus Art. 237 und durch Stellung von Anträgen bei der Generalversammlung eine Aufsicht gegenüber den Vorstandsmitgliedern betätigen, während eine solche den Gesellschaftsgläubigern versagt ist. So wird denn auch in Judikatur und Theorie das Klagerecht der Aktionäre, sofern nicht ein spezielles gegen den einzelnen Aktionär verübtes Delikt vorliegt, fast übereinstimmend verneint (AdlCl. 764; ROHG. 19, S. 178; 22, S. 239; Renaud in GZ. 12, S. 1 bis 33; Lehmann II., S. 279; a. M. Reingamm, Die Rechte der Aktionäre und die Haftbarkeit des Aufsichtsrates, S. 35 ff.; teilweise abweichend Bekker in GZ. 17, S. 439).[4]) Wenn dagegen die Schädigung des einzelnen Aktionärs nicht bloß in einer Schädigung der Gesellschaft und in seiner Mitgliedschaft ihren Grund hat, sondern darin, daß ein spezielles gegen ihn gerichtetes Delikt, ein Eingriff in seine Rechtssphäre vorliegt, so steht dem einzelnen Aktionär wie jedem Dritten ein selbständiges Recht auf Schadenersatz gegen das schuldtragende Mitglied des Vorstandes nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu. Das kann in der Weise der Fall sein, daß die Handlung speziell ihm gegenüber begangen ist (z. B. falsche Auskunft auf eine an die Gesellschaft gerichtete Frage) oder dem Publikum gegenüber (z. B. Publikation falscher Jahresberichte oder Bilanzen). Zu weit geht das RG. (Urteil vom 20. Dezember 1895 in der Deutschen Juristenzeitung, Nr. 3 von 1896), wenn es die Mitglieder des Aufsichtsrates dritten Personen gegenüber für regreßpflichtig erklärt, weil sie in der Generalversammlung die Lage der Gesellschaft zwar nicht gegen besseres Wissen, aber doch fahrlässigerweise zu günstig darstellten, weil sie sich hätten sagen müssen, daß dadurch auch dritte Personen zur Zeichnung neuer Aktien bewogen werden könnten. Vollkommen richtig hat in diesem Falle der OGH. bei AdlCl. 764 die Haftung des Vorstandes gegenüber den einzelnen Aktionären verneint.

Schließlich ist zu gedenken der Fälle, in denen ein Mitglied eines Gesellschaftsorganes durch eine andere Handlung, die sich nicht als Akt der Geschäftsführung darstellt, einen Aktionär oder Dritten schädigt, z. B. durch dolose Anpreisung von Aktien (ROHG. 19, S. 179).

§ 9. e) **Der Umfang der Ersatzpflicht.** Sofern der Ersatzanspruch auf kontraktliches Verschulden gestützt werden kann, findet Art. 283 Anwendung; denn die Anstellung des Vorstandes ist jedenfalls auf Seite der Aktiengesellschaft ein Handelsgeschäft. Es kann daher in diesem Falle ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens Ersatz des positiven Schadens und des entgangenen Gewinnes gefordert werden (§ 2 zu Art. 283). Im Falle außerkontraktlicher Schädigung findet Art. 283 keine Anwendung (§ 1 zu Art. 283).

[4]) Eine solche Haftung tritt auch nicht nach Beendigung der Liquidation ein (RG. 28, S. 73), zu Unrecht vom RG. (29, S. 1) dahin abgeschwächt, daß zu diesem Zeitpunkte ein solcher Regreßanspruch nur dann nicht besteht, wenn der Aktionär vorher in der Lage war, die Verfolgung des Schuldigen durch die Gesellschaft herbeizuführen.

Digitized by Google

Der Umfang der Ersatzpflicht richtet sich daher nach dem Grade des Versehens. (Also gemäß § 1324 ABGB. bei bösem Vorsatze oder auffallender Sorglosigkeit Ersatz des entgangenen Gewinnes, sonst bloßer Ersatz des positiven Schadens.) Das Vorhandensein und die Höhe des Schadens muß nachgewiesen werden. Die Tatsache, daß eine Schädigung der Gläubiger durch die rechtswidrige Zahlung aus dem Grundkapitale entstanden ist, kann nur dadurch bewiesen werden, daß aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung nicht zu erlangen ist. Klage und Zwangsvollstreckung gehören zu diesem Nachweise nicht. Es ist auch nicht notwendig, daß die Forderung schon zur Zeit der rechtswidrigen Verkürzung des Grundkapitals entstanden ist (RG. 5, S. 24; 19, S. 111). Die Geltendmachung des Schadens besteht in dem letzterwähnten Falle darin, daß der Gläubiger den Betrag seiner Forderung, für welche er aus dem Gesellschaftsvermögen nicht mehr Befriedigung erlangen kann, bis zur Höhe des vom einzelnen Vorstandsmitgliede rechtswidrig aus dem Grundkapitale ausbezahlten Betrages gegen dieses Vorstandsmitglied direkt geltend machen kann. Jedoch ist dem Gläubiger der Nachweis eines höheren, durch die rechtswidrige Verkürzung des Grundkapitals erwachsenden Schadens nicht verwehrt.

§. 10. **Zusatz 1. Der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft wird beseitigt durch Berufung auf einen Beschluß der Generalversammlung.** Beruht die Handlung auf einem solchen, so wäre es dolus von seiten der Gesellschaft, wenn sie ihre Organe für die Ausführung ihres Beschlusses schadenersatzpflichtig machen würde; sie kann sich weder auf die Schädlichkeit noch auf angebliche Ungültigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren eigenen Organen berufen. Der Umstand, daß der Beschluß angefochten und im Prozeßwege für ungültig erklärt ist, ändert hieran nichts (vergl. § 31 zu Art. 224). Indessen folgt doch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß das Mitglied des Vorstandes sich auf den ungültigen Beschluß dann nicht berufen kann, wenn die Ungültigkeit durch seinen eigenen dolus verursacht ist. Seinem auf den Beschluß der Generalversammlung gestützten Einwande opponiert die Gesellschaft die replica doli (so zutreffend Behrend, § 126, Anm. 21).

Ist aber der Generalversammlungsbeschluß aus öffentlichen Gründen ungültig, so ist der Vorstand nicht verpflichtet und auch nicht berechtigt, denselben auszuführen, auch wenn er angefochten wird (vergl. § 31 zu Art. 224). Daher kann der Vorstand, wenn er einen solchen Generalversammlungsbeschluß ausführt, durch Berufung auf denselben von seiner Ersatzpflicht nicht befreit werden. Was von einem Generalversammlungsbeschluß gilt, ist auch auf Weisungen zu beziehen, die der Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder Direktionsrat dem Vorstande erteilt und denen er zu gehorchen verpflichtet ist (Ring, Anm. 7 zu Art. 241).

Soweit infolge eines Generalversammlungsbeschlusses oder der Weisung eines vorgesetzten Organes die Haftung des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen ist, ist sie auch gegenüber den Gläubigern ausgeschlossen.[5]) Der Gläubiger macht zwar kraft eigenen Rechtes den Schadenersatzanspruch gegen das Vorstandsmitglied auf Grund des ihm durch die dem objektiven Rechte zuwiderlaufende Handlung desselben zugefügten Schadens geltend, nicht den der Gesellschaft zustehenden Schadenersatzanspruch auf Grund einer cessio legis; aber Voraussetzung seines Ersatzanspruches ist eine objektiv rechtswidrige Handlung des Vorstandes. Es liegt jedoch in den Fällen, in denen der Vorstand einem Beschlusse der Generalversammlung trotz Ungültigkeit desselben zu gehorchen ver-

[5]) Das Gegenteil bestimmt § 241 d. HGB.; vergl. auch § 25, Abs. 5, GmbHG.

Digitized by Google

pflichtet ist, eine ein Delikt begründende Verletzung des objektiven Rechtes nicht vor (vergl. § 31 zu Art. 224), und andrerseits kann als rechtswidrig eine Handlung des Vorstandes nur dann bezeichnet werden, wenn demselben auch ein subjektives Verschulden zur Last fällt. Ein solches subjektives Verschulden liegt aber nicht vor, wenn der Vorstand eine Handlung vorgenommen hat, zu deren Vornahme er infolge eines Generalversammlungsbeschlusses oder einer von einem vorgesetzten Organe erteilten Weisung verpflichtet ist.

§ 11. Zusatz 2. Die **Verjährung** der gegen den Vorstand erwachsenden Ersatzansprüche richtet sich nach § 1489 ABGB., auch dort, wo lediglich die Haftung des Vorstandes für Gesellschaftsschuldner bis zum Betrage der rechtswidrigen Zahlung aus dem Grundkapitale geltend gemacht wird (vergl. oben § 9). Denn auch der Anspruch auf Erstattung der rechtswidrig geleisteten Zahlung aus dem Grundkapitale ist ein Schadenersatzanspruch. Seine Entstehung setzt ja auch ein Verschulden des Vorstandes voraus.

Vierter Abschnitt.

Auflösung der Gesellschaft.

Artikel 242.

Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

1. durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;
2. durch einen notariell oder gerichtlich beurkundeten Beschluß der Aktionäre;
3. durch Verfügung der Verwaltungsbehörden, wenn sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat (Art. 240);
4. durch Eröffnung des Konkurses.

Wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen oder die Zurücknahme der staatlichen Genehmigung nach dem in den einzelnen Staaten geltenden Rechte erfolgt, so finden die Bestimmungen dieses Abschnittes ebenfalls Anwendung.

§ 1. **I. Allgemeines über den Begriff und die Folgen der Auflösung.**

1. Begriff der Auflösung. Auch hier ist, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 1 zu Art. 123), der Satz an die Spitze zu stellen: daß die Auflösung das nicht ist, was die Bezeichnung besagt. Der Ausdruck geht auch hier zu weit, indem er auf ein Aufhören der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft hindeutet. In Wahrheit hört die Aktiengesellschaft nicht zu existieren auf, sondern sie hört nur auf, ihre bisherigen Existenzzwecke zu verfolgen. Der Begriff der Auflösung besteht also darin, daß die Aktiengesellschaft ihre bisherigen Existenzzwecke zu verfolgen aufhört und statt deren nur den einen Zweck verfolgt, zu liquidieren, das heißt, das Vermögen zu versilbern, die Schulden zu bezahlen, den Überschuß zu verteilen und so allmählich ihr Vermögenssubstrat und damit sich selbst zu vernichten. Die Aktiengesellschaft gibt ihre Existenz nicht auf, sondern verändert nur ihre Art: aus der irgendwelchen Lebenszweck ver-

Digitized by Google

folgenden Aktiengesellschaft wird eine Liquidations-Aktiengesellschaft, „ein Liquidationsverein auf Aktien", wie Gierke (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 885) sagt. Diese Liquidations-Aktiengesellschaft besteht so lange, bis die Liquidation beendigt, das heißt, jedes vermögensrechtliche Substrat beseitigt ist. Auch hier sollte man daher eher von einer in der Auflösung begriffenen, als von einer aufgelösten Gesellschaft sprechen (vergl. Budwinski 1020, 1759, 261 A; ROHG. 19, S. 163; 19, S. 194; RG. 3, S. 55; 15, S. 102; OLG. Dresden in GZ. 37, S. 534; Behrend, § 138, I., § 139, Anm. 5; Ring, Anm. 8, Randa II., S. 230).

2. Die Folgen der Auflösung entsprechen dem eben entwickelten Begriffe derselben. Die Gesellschaft hört nicht zu existieren auf. Daher dauert ihre Organisation fort, nur daß ihre gesetzlichen Vertreter (jetzt Liquidatoren genannt) nicht mehr die unbeschränkte Vertretungsbefugnis haben, sondern nur die durch den veränderten und zusammengeschrumpften Zweck gebotenen Befugnisse (§ 2 zu Art. 244). Ist der Konkurs der Grund der Auflösung oder während der Liquidation entstanden, so tritt die weitere Folge hinzu, daß der Masseverwalter nach § 1 KO. die Verfügung über das Vermögen überkommt. Dadurch werden die Befugnisse der Gesellschaftsorgane soweit zurückgedrängt, als die des Masseverwalters reichen (vergl. unten § 5). Da die Aktiengesellschaft zu existieren nicht aufhört, so gelangen auch die mit ihr geschlossenen Verträge durch die Liquidation nicht schlechthin zur Auflösung (RG. 5, S. 7; 24, S. 70) und die nicht fälligen Leistungen werden nicht eo ipso fällig, abgesehen von besonderen Gründen (RG. 9, S. 15). Der Eintritt in die Liquidation bewirkt auch keine Firmenänderung im Sinne des Art. 25 HGB.; Lehmann II., S. 555 (RG. 15, S. 105; RG. 29, S. 68; weitere Zitate in § 1 zu Art. 139). Die bestehenden Handlungsvollmachten erlöschen nicht ohne weiteres (OLG. Dresden in Busch Archiv 45, S. 361), da mit der Liquidation nicht notwendig der Betrieb des Handelsgewerbes aufhört (vergl. § 4 zu Art. 54), wohl aber erlöschen die bestehenden Prokuren, sofern die Liquidationsgesellschaft kein Gewerbe mehr betreibt, sohin eine Prokura begrifflich nicht möglich ist (vergl. § 1 zu Art. 144 und Mot. zum Akt. Ges. vom Jahre 1884, S. 372). Ein einer Aktiengesellschaft zustehendes politisches Wahlrecht erlischt nicht (Budw. 261 A). Weitere Wirkungen der Auflösung siehe § 2 zu Art. 244. **§ 2.**

Die Folgen der einmal eingetretenen Auflösung können aber nicht wieder durch Fortsetzung der alten Gesellschaft, etwa durch Wiederaufnahme des Betriebes, aufgehoben werden. Zwar hat die Gesellschaft nicht aufgehört zu existieren, sie hat nur ihre Art, ihre Rechtsnatur verändert (vergl. oben § 1). Bei der offenen Handelsgesellschaft haben wir aus diesem Umstande die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft durch Wiederaufnahme des Handelsbetriebes gefolgert (§ 1 zu Art. 123). Allein bei der Aktiengesellschaft muß anderes gelten. In dem Auflösungsbeschlusse liegt der öffentliche Ausspruch der Gesellschaft, daß sie nicht länger im Verkehrsleben als Erwerbsgesellschaft auftreten könne oder wenigstens wolle. Der Wiedereintritt ins Verkehrsleben aber kann hier bei der Aktiengesellschaft nur geschehen unter Beobachtung derjenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche für die Entstehung einer Verkehrsaktiengesellschaft gegeben sind, das heißt der Gründungsvorschriften.

Ein übereilter Auflösungsbeschluß kann hienach nicht rückgängig gemacht werden. Um den Betrieb auf den annähernd gleichen aktienrechtlichen

Digitized by Google

pflichtet ist
vor (r
lung
subi
ab
g

Von der Aktiengesellschaft. Art. 242.

Grundlagen fortzusetzen, in folgender Weg gangbar: Die Aktionäre der alten Gesellschaft oder wenigstens soviele von ihnen, als sich dabei beteiligen wollen, gründen eine neue Gesellschaft; sie inferieren dabei die Aktien der alten Gesellschaft, der Rest wird bar gezeichnet; die neue Gesellschaft schließt im Stadium der Gründung mit den hiezu zu ermächtigenden Liquidatoren der alten Gesellschaft einen Übernahmevertrag, inhalts dessen die neue Gesellschaft das Vermögen der alten Gesellschaft (Aktiva und Passiva und Firmenrecht) kauft, wobei die neue Gesellschaft gegen den Anspruch der alten Gesellschaft auf den Kaufpreis ihren Anspruch auf den Liquidationserlös kompensiert, den Rest des Kaufpreises aber bar zahlt.

§ 1

§ 3. II. Den Inhalt des vorstehenden Artikels bilden die Gründe der Auflösung. Dabei zählt Abs. 1 bestimmte Auflösungsgründe auf, während Abs. 2 die Möglichkeit anderer Auflösungsgründe ausspricht.

1. (Abs. 1.) **Die vier benannten Auflösungsgründe.**

Ziffer 1. **Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit.**[1]) Eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft gibt es hier nicht. Nach Ablauf der statutarischen Gesellschaftsdauer tritt die Auflösung von selbst ein (ROHG. 14, S. 366). Wollen die Aktionäre die Gesellschaft über die statutenmäßig vorgesehene Zeit fortsetzen, so müssen sie dies durch einen der staatlichen Genehmigung unterliegenden Statutenänderungsbeschluß in der Generalversammlung bestimmen, solange die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist (Lehmann II., S. 505; Felix Mayer in GZ. 1900, S. 402; vergl. auch Leist, S. 141, N. 1). Nach eingetretener Auflösung ist eine Fortsetzungsvereinbarung nicht mehr zulässig, sondern nur noch Neugründung (vergl. § 2).

Andrerseits kann die Generalversammlung auch Verkürzung der statutenmäßigen Dauer beschließen, doch liegt darin nicht nur eine Statutenänderung (dagegen Lehmann II., S. 510), sondern auch ein auf Auflösung abzielender Beschluß, weshalb nach beiden Richtungen die gesetzlichen und statutarischen Erfordernisse des Beschlusses vorhanden sein müssen.

§ 4. Ziffer 2. **Beschluß der Generalversammlung.** Gesetzlich ist hiefür keine besondere Qualität gefordert. Wenn das Statut nichts besonderes bestimmt, so genügt einfache Majorität (Hahn, § 3 zu Art. 242; Randa II., S. 223). Über die abweichende Ansicht Renauds (S. 716), der zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses die Zustimmung aller Aktionäre verlangt, siehe die Bemerkungen bei § 3 zu Art. 214. Das Aktienregulativ verlangt, daß das Statut für die Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses dieselben Erfordernisse aufstellt, wie für die Gültigkeit eines Beschlusses auf Abänderung der Statuten (§§ 55, Abs. 1, 48, Abs. 1 und 4 A. Reg.; vergl. § 5 zu Art. 214). Der Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft bedarf, auch wenn er keine Statutenänderung enthält, der öffentlichen Beurkundung (vergl. § 6 zu Art. 214). Über die Berechnung der Mehrheit und den Begriff des vertretenen Grundkapitals vergl. § 5 zu Art. 214. Eintragung des Beschlusses ist im allgemeinen nicht erforderlich (§ 1 zu Art. 243). Wenn der Auflösungsbeschluß

[1]) Die Festsetzung einer bestimmten Dauer der Gesellschaft kommt in der Praxis vor (vergl. Statuten der österreichischen Länderbank, der österreichischen Bodenkreditanstalt).

Digitized by Google

gleichzeitig eine Statutenänderung enthält (vergl. § 3), so müssen auch die Erfordernisse der Statutenänderung gewahrt sein (§ 1 zu Art. 243). Ob besondere Versammlungen der verschiedenen Aktiengattungen notwendig sind, darüber siehe § 3 im 2. Exkurse zu Art. 215. An die gesetzlichen und statutenmäßigen Erfordernisse eines Auflösungsbeschlusses ist auch der Beschluß auf Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gebunden (§ 97, Abs. 1 GmbHG.). Eine Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, besteht den Gläubigern gegenüber nicht (RG. 36, S. 37).

Staatliche Genehmigung ist für die Gültigkeit des Beschlusses auf Auflösung der Gesellschaft, wenn derselbe keine Statutenänderung enthält, nicht notwendig; das Gesetz verlangt lediglich gerichtliche oder notarielle Beurkundung (P. 362; Lehmann II., S. 510; Renaud, S. 719; Randa II., S. 224; Landesberger, S. 129). Allerdings kann im Statute die staatliche Genehmigung rechtswirksam als Bedingung der Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses festgesetzt werden (Renaud, S. 718; vergl. Statuten des österr. Kreditinstitutes für Verkehrsunternehmungen). Das Aktienregulativ verlangt nirgends die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Statut. Verschieden von der staatlichen Genehmigung der freiwilligen Auflösung ist die nach § 23 VersG. von der beabsichtigten Auflösung zu erstattende Anzeige an die Verwaltungsbehörde. Die Verabsäumung dieser Anzeigepflicht, welche nur bei solchen Aktiengesellschaften, die einen öffentlichen gemeinnützigen Zweck verfolgen, obliegt, hat keine privatrechtlichen Folgen.

Ziffer 3. Verfügung der Verwaltungsbehörde, wenn sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat. Hierüber siehe Erläuterung zu Art. 240 und unten § 15. **§ 5.**

Ziffer 4. Konkurs.[2]) Derselbe hat ipso jure Auflösung der Gesellschaft zur Folge, das heißt er bewirkt ipso jure das Wegfallen jeder auf einen anderen Zweck gerichteten Tätigkeit und substituiert den alleinigen Zweck der Befriedigung der Gläubiger und der Verteilung des Überschusses an die Aktionäre. **§ 6.**

Verwaltung und Verfügung über das der Gesellschaft gehörige Vermögen gehen dabei (§ 1 KO.) auf die Gläubigerschaft über. Der Masseverwalter hat hiebei die Organe der Gesellschaft nicht zu befragen, weder den Aufsichtsrat noch die Generalversammlung. Die Aktionäre können im Konkurse selbstverständlich nicht etwa ihre Einlagen als Gläubiger zurückfordern (AdlCl. 1215; Bett, S. 63; dagegen R. Pollak, Konkursrecht, S. 187), vielmehr kann eine Verteilung an die Aktionäre erst nach Tilgung der Schulden erfolgen (Art. 245; R. Pollak a. a. O. will auch diese Teilung noch im Zuge des Konkursverfahrens erfolgen lassen). Dem oben ausgesprochenen Grundsatze, daß der Aktionär seine Einlage im Konkurse der Gesellschaft nicht als Gläubiger fordern kann, steht einer Geltendmachung einer Schadenersatzforderung des Käufers eigener Aktien der Gesellschaft auf Grund betrügerischer Zusagen der Gesellschaftsorgane beim Kaufabschlusse nicht entgegen (Bolze in Leip-

[2]) Vergl. hiezu: Jäger, Komm. zur KO.; Erläuterungen zu den §§ 207, 208; Bett, Der Konkurs der Aktienges. (in Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien, III. Bd., 2. Heft, 1904).

Digitized by Google

ziger Z. 1907, S. 9; a. M. RG. 62, S. 29[3]) und teilweise Hagens Leipziger Z. 1907, S. 241 ff.). Der Masseverwalter hat auch den Aktionären gegenüber die Forderungen der Gesellschaft auf rückständige Einlagen geltend zu machen. Es kann ihm nicht der Einwand gemacht werden, daß die Einzahlung ihrem Zwecke nicht mehr dienen könne, da die Gesellschaft die Verfolgung ihrer Zwecke aufgegeben habe. Denn einer der Hauptzwecke der Einlagen ist die Befriedigung der Gläubiger und diese wird gerade durch den Verwalter intendiert (ROHG. 19, S. 227; 20, S. 270; Lehmann II., S. 394; Randa II., S. 166; Bett, S. 47; Jäger a. O.; anders AdlCl. 664 und 923). Nur muß der Masseverwalter selbstverständlich den zahlenden Aktionären Aktienurkunden aushändigen (ROHG. 19, S. 233; Bolze 7, Nr. 643; a. M. Silbernagel, S. 150). Mehr, als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich, darf der Masseverwalter nicht einziehen, ein hierauf gestützter Einwand ist zulässig (Lehmann II., S. 606; Behrend, § 142, Anm. 15; Bett, S. 49; vgl. auch § 90, Abs. 3 GmbHG.). Über die Frage, ob eine Aufrechnung gegen die Forderung auf Einzahlung der Aktienbeträge zulässig ist, vergl. Zusatz zu Art. 220 bis 223. Im übrigen ist der Aktionär zur Anmeldung von Forderungen (z. B. der festgestellten Dividenden; vergl. hierüber § 4 zu Art. 220 bis 223) und zur Geltendmachung von Gegenforderungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt (vergl. Randa II., S. 195). Neben dem Masseverwalter fungieren aber die Organe der Gesellschaft weiter: Liquidatoren, Aufsichtsrat und Generalversammlung. Die Gesellschaft ist gleichzeitig im Konkurse und in Liquidation, nur daß selbstverständlich die Aufgaben der Organe soweit zurückgedrängt sind, als die Aufgabe des Masseverwalters reicht (RG. 14, S. 418; Canstein I., S. 604; Frankl in Jur. Vierteljahrsschr. 1888, S. 18 ff. und Gründe bei AdlCl. 821). Dennoch ist ihre Aufgabe nicht inhaltlos. Sie kommt in verschiedener Richtung zur Geltung. Es wird in dieser Beziehung verwiesen auf die §§ 65, 97, 124, 146 KO.; vergl. Pollitzer, S. 283; Lehmann II., S. 604; vergl. ferner RG. vom 30. Mai 1896 in J. W., S. 373 (die Klage eines Aktionärs auf Anerkennung seiner Mitgliedschaft ist auch im Konkurse gegen den Liquidator zu richten; vergl. hiezu GlUNF. 3199). Es geht entschieden nicht, in den genannten Fällen der Konkursordnung an Stelle des Gemeinschuldners im Konkurse der Aktiengesellschaft sämtliche Aktionäre zu setzen (dagegen AdlCl. 543; in unserem Sinne aber die zweite Instanz und die eingehenden Bemerkungen zu diesem Erkenntnisse in den Mitteilungen des Prager Juristenvereines 1876, S. 60.[4]) Die Beendigung des Konkurses einer Aktiengesellschaft durch Zwangsausgleich ist zulässig trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes des § 238 KO. (R. Pollak, S. 401; Schwarz, Das österreichische Konkursrecht I., S. 243; Canstein I., S. 603; Frankl in Jur. Vierteljahrsschr. 1888, S. 18; Robitschek in den Mitteilungen des

[3]) Vergl. aus den Gründen: „Dem Aktionär ist unter keinen Umständen gestattet, seine zu Recht bestehende Aktienbeteiligung in ein Gläubigerrecht umzuwandeln und so den Gesellschaftsgläubigern Konkurrenz zu machen . . ."

[4]) Vergl. auch § 60, Abs. 3, GenG.: „Dem Vorstande, rücksichtlich den Liquidatoren kommt im Konkursverfahren die rechtliche Stellung zu, welche die Konkursordnung dem Gemeinschuldner zuweist."

Digitized by Google

Prager Juristenvereines 10. Bd., S. 87; Randa II., S. 224, 246; dagegen AblEl. 685). § 208 KO. ist auf Aktiengesellschaften nur soweit anwendbar, als er zum Schutze der Gläubiger bei Unklarheit der Vermögensmasse einen Zwangsausgleich ausschließt (§ 208 KO., lit. e, f; vergl. Bett, S. 35), als er allgemeine, auf physische wie auf juristische Personen in gleicher Weise anwendbare Voraussetzungen des Ausgleichsverfahrens festsetzt (§ 208, lit. a), nicht aber sofern er den Zwangsausgleich wegen persönlicher Unwürdigkeit des Gemeinschuldners (§ 208, lit. c, d) ausschließt (Bett, a. a. O.); zweifelhaft kann immerhin die Anwendbarkeit des Ausschließungsgrundes des § 208, lit. b, bleiben. Nach Beendigung des Konkurses entfalten sich die Funktionen der Liquidatoren, des Aufsichtsrates und der Generalversammlung zu vollem gesetzlichen Umfange. Aber die Gesellschaft bleibt eine Liquidationsgesellschaft. Die Tatsache der eingetretenen Auflösung kann nicht ungeschehen gemacht werden. Das normale Leben der Aktiengesellschaft ist definitiv vernichtet, nur Neugründung ist noch möglich (vergl. § 2).

2. (Abs. 2.) **Von anderen Auflösungsgründen spricht das Gesetz, benennt aber nur einen.** Wenn das Gesetz von Auflösungsgründen spricht, ohne sie zu benennen, so denkt es an Auflösungsgründe, die das Handelsgesetzbuch an anderer Stelle normiert, die sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft ergeben und die nach dem betreffenden Landesrechte die Auflösung einer Aktiengesellschaft herbeiführen. Die Worte „nach dem in den einzelnen Staaten geltenden Rechte" beziehen sich nicht nur auf die „Zurücknahme der staatlichen Genehmigung", sondern auch „auf die Auflösung aus anderen Gründen" (Hahn, § 11 zu Art. 242). Die Subsidiarität landesrechtlicher Auflösungsgründe ist also im Gegensatze zu Art. 123 grundsätzlich anerkannt (vergl. § 3 zu Art. 123). Das österreichische Recht kennt jedoch außer den Bestimmungen des Vereinsgesetzes über die Auflösung des Vereines durch die Verwaltungsbehörde keinen nicht schon im Handelsgesetzbuche erwähnten Auflösungsgrund. Insbesondere kann die Bestimmung des § 1205 ABGB., sofern sie nicht ohnehin mit den im Art. 242 erwähnten Auflösungsgrunde des Ablaufes der statutenmäßig festgesetzten Zeit zusammenfällt, auf Aktiengesellschaften nicht angewendet werden; denn § 1205 regelt das Erlöschen einer societas, die Aktiengesellschaft ist aber eine juristische Person, für deren Entstehung und Erlöschung ganz verschiedene Grundsätze maßgebend sind (dagegen Pollitzer, S. 286). Jedoch bewirkt die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes oder die eingetretene Unmöglichkeit, denselben zu erreichen, schon nach der Natur der Sache die Auflösung der Gesellschaft (Lehmann II., S. 519). **§ 7.**

a) Ein anderer Auflösungsgrund, den das Gesetz selbst anderweit nennt, ist die Fusion. Doch liegt hier mehr als Auflösung, nämlich Untergang der Gesellschaft vor (vergl. § 1 zu Art. 247). **§ 8.**

b) Kein Auflösungsgrund ist die Vereinigung aller Aktien in einer Hand (RG. vom 25. Februar 1897 in J. W., S. 191; Renaud, S. 745; Lehmann II., S. 512; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 3. Aufl., S. 314; Petersen und Pechmann, S. 559; Randa II., S. 229; vgl. auch RG. 22, S. 116, 23, S. 202; Passow, S. 222; Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte, S. 102; ferner RG. bei SeuffA. 60, Nr. 216: keine Auflösung der Gesellschaft m. b. H. bei **§ 9.**

Digitized by Google

Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand[5]); a. M. Gierke, Privatrecht I., S. 599). Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die selbständige Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft dadurch aufhören sollte. Es wird zwar geltend gemacht, daß die Organisation der Gesellschaft beseitigt sei, da der Aufsichtsrat zu funktionieren aufhöre. Allein einmal ist das, auch dort, wo das Gesetz die obligatorische Bestellung eines Aufsichtsrates vorschreibt, nicht unbedingt richtig, da ja gesetzlich der Aufsichtsrat aus Aktionären nicht zu bestehen braucht. Im übrigen gehört die Organisation nicht derart zum Wesen der juristischen Person, daß ihre zeitweilige Zerstörung die juristische Persönlichkeit für immer vernichtete. Es liegt dann weiter nichts vor, als daß die juristische Person zeitweilig ohne Willenslenker besteht, wie wenn ein unmündiges Kind zur Zeit keinen Vormund hätte. Auf die Rechtspersönlichkeit hat dies keinen Einfluß. Wie soll man sich überhaupt das Aufhören der Rechtspersönlichkeit denken? Wer soll dann Schuldner der Geschäftsschulden werden? Der Erwerber aller Aktien? Das ist juristisch in keiner Weise begründet, da man durch Aktienerwerb Rechte, aber nicht Pflichten erwirbt. Und mit diesem Übergange der Schulden werden oft die Gläubiger, oft der Aktienerwerber nicht einverstanden sein (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 82).

§ 10. c) Mehr als Auflösungsgrund ist die Amortisation sämtlicher Aktien (vergl. 1. Exkurs zu Art. 248). In dieser liegt nicht bloß die Auflösung, sondern der Untergang der Gesellschaft, ein Unterschied, den Hahn (3. Aufl., I., S. 748) zutreffend hervorhebt und Petersen und Pechmann (S. 560) mit Unrecht leugnen. Die juristische Person entbehrt nicht bloß momentan der Leitung, sondern es fehlt ihr überhaupt das persönliche Substrat. So selbständig sie auch ist, so besteht sie doch nur durch Personen und um der Personen willen, die ihre Mitglieder bilden. Besteht nach Aufhören jeder Mitgliedschaft noch Vermögen, so ist dies herrenloses Gut. Es tritt dann keine Liquidation der Gesellschaft, sondern die Verwaltung herrenlosen Gutes durch die hiezu legitimierten Personen oder Behörden ein. Werden an Stelle der amortisierten Aktien Genußscheine ausgegeben, so wird die Auflösung der Aktiengesellschaft nur dann gehindert, wenn die mit dem Ausdrucke „Genußschein" bezeichneten Papiere in Wahrheit Urkunden über Aktienrechte sind (vergl. Exkurs 2 zu Art. 248; a. M. Staub[8], Anm. 29 zu § 179).

§ 11. d) In Bd. 7, S. 70, hat das Reichsgericht gesagt, daß durch die Verlegung des Sitzes in das Ausland die Gesellschaft ihre im Inlande anerkannte Rechtspersönlichkeit verliert und dieser Beschluß daher die Wirkungen der Auflösung hat. Allein ein solcher Beschluß hat nicht, wie das Reichsgericht formuliert, die Wirkungen, sondern die Voraussetzungen des Auflösungsbeschlusses und alsdann selbstverständlich auch die Wirkungen. Denn zum Wesen der Aktiengesellschaft gehört, daß sie einen Sitz im Inlande habe (Art. 209 und § 3 dazu). Will sie den Sitz im Inlande aufgeben, so will sie damit ihre Eigenschaft als inländische Aktiengesellschaft aufgeben. Zu den Voraussetzungen eines Auflösungsbeschlusses aber gehört vor allem auch eine Fassung, die

[5]) Auch die Reg. Motive zu § 84 GmbHG. erklären, daß in der Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand keine Auflösung der Gesellschaft gelegen ist. In § 95 findet diese Ansicht gesetzlichen Ausdruck. Die Voraussetzungen für die analoge Anwendung auf Aktiengesellschaften (vergl. § 1 zu Art. 207) sind gegeben.

Digitized by Google

deutlich den Willen dokumentiert, aufzulösen und zu liquidieren. Ein bloßer Sitzverlegungsbeschluß entbehrt nun aber dieser Deutlichkeit; denn eher scheint derselbe auf den Willen hinzudeuten, nicht aufzulösen, nicht zu liquidieren und keine neue Gesellschaft im Auslande zu gründen, sondern einfach die hiesige Gesellschaft als identisches Rechtssubjekt in das Ausland zu übertragen (zustimmend Randa II., S. 229). Gerade das aber ist nicht möglich.

e) Der einzelne Aktionär oder eine irgendwie qualifizierte Minderheit hat kein Recht, die Auflösung zu verlangen (Lehmann II., S. 502).[6]) Es war im Entwurfe zur deutschen Aktiennovelle vom Jahre 1884 geplant, einer qualifizierten Minderheit das Recht zu gewähren, dieser Plan ist aber schon im zweiten Entwurfe auf Grund der allgemein ablehnenden Kritik aufgegeben worden (Ring, Anm. 7). Auch das deutsche Handelsgesetzbuch kennt ein derartiges Recht nicht. § 12.

f) Der einzelne Aktionär hat auch kein Recht auf eigene Abschichtung. Will er in der Gesellschaft nicht verbleiben, so mag er seinen Anteil veräußern. Will oder kann er auch dies nicht, so muß er auf das Zustandekommen eines Auflösungsbeschlusses in der Generalversammlung hinwirken. § 13.

g) Auch der Fortfall jedes Vermögens ist (entgegen RG. 14, S. 418; 15, S. 103) kein Auflösungsgrund. Der Fall wird wohl kaum praktisch werden, daß eine Aktiengesellschaft nichts, absolut nichts, ihr eigen nennt. Mindestens irgendwelche Ansprüche und seien es auch nur Regreß- oder Befreiungsansprüche, wird sie doch haben. Immerhin muß der Vollständigkeit wegen zu dieser Frage Stellung genommen werden und das kann nur in dem gedachten Sinne geschehen. Warum sollte eine solche Gesellschaft nicht weiter existieren können? Sie kann ja vielleicht im Vertrauen auf die Persönlichkeit ihrer Leiter Kredit und dadurch die Möglichkeit der Fortsetzung ihrer Existenz erhalten. Ja sie steht doch noch besser da wie eine überschuldete Gesellschaft! (ebenso Pinner, S. 281, Randa II., S. 229). § 14.

h) **Die Zurücknahme der staatlichen Genehmigung.** In einem bestimmten Falle räumt das Gesetz der Staatsverwaltungsbehörde das Recht ein, die Aktiengesellschaft aufzulösen (vergl. Art. 240). Ob und unter welchen Voraussetzungen die Staatsverwaltungsbehörde auch in anderen Fällen ein gleiches Recht haben soll, wollte das Handelsgesetzbuch dem Rechte des einzelnen Staates überlassen. Diesen Gedanken wollte die mannigfach durchberatene Bestimmung des Art. 242, Abs. 2, in ihrer jetzigen Fassung zum Ausdruck bringen (vergl. über die Redaktionsgeschichte Renaud, S. 733 bis 737; Hahn, §§ 5 ff. zu Art. 242). Für das österreichische Recht ist sedes materiae § 24 des VerG.[7]) Außer den dortselbst § 15.

---

[6]) Literatur über diese bestrittene Frage siehe in den Motiven zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 365. Im Fragebogen (Nr. 51) wird die Frage aufgeworfen, ob dem einzelnen Aktionär oder einer Aktionärgruppe aus dem Grunde der Unerreichbarkeit des gesellschaftlichen Zweckes ein Klagerecht auf Auflösung der Gesellschaft zu gewähren ist. Die Frage wird ziemlich übereinstimmend verneint.

[7]) Diese Gesetzesstelle lautet:

„Die Auflösung eines Vereines und die Einstellung aller Versammlungen oder allfälligen Voreinleitungen eines erst zu bildenden Vereines ist von den politischen Behörden von Amts wegen zu veranlassen, wenn dieselben:

Digitized by Google

aufgezählten Fällen kann — abgesehen von dem Falle des Art. 240 — die Auflösung der Aktiengesellschaft durch die Verwaltungsbehörde nicht verfügt werden (Tezner im Österr. Staatswörterbuch unter Artikel „Vereinsrecht"). Freilich ist infolge der weit gefaßten Bestimmung des § 24, lit. d VerG. das freie Belieben der Verwaltungsbehörden, eine Aktiengesellschaft aufzulösen, sehr wenig beschränkt. Zuständig zur Fällung des Auflösungserkenntnisses ist die politische Landesbehörde (Statthalterei oder Landesregierung), in deren Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 25 VerG.), trotzdem die Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft vom Ministerium zu erteilen ist (vergl. hierüber Tezner a. a. O.). Die politische Landesbehörde hat bei Fällung des Auflösungserkenntnisses aus den Gründen des § 24, lit. b bis d VerG. zwei Justizräte beizuziehen. Über die praktische Handhabung dieser Bestimmung vergl. Tezner a. a. O. und Mayrhofer, Handbuch V., S. 344, Note 2. Gegen die Entscheidung der Landesbehörde ist der Rekurs an das Ministerium des Innern zulässig (§ 25 VerG.). Die Beschwerde an das Reichsgericht ist grundsätzlich zulässig. Ist jedoch die Auflösung aus den Gründen des § 24, lit. d, ausgesprochen, so ist die Beschwerde an das Reichsgericht praktisch bedeutungslos, denn das Vereinsgesetz vom Jahre 1852 hat den Verwaltungsbehörden, wenn sie mit der Auflösung eines nach diesem Gesetze gebildeten Vereines aus öffentlichen Rücksichten vorgehen, in Beziehung auf die Beurteilung dieser öffentlichen Rücksichten diskretionäre Gewalt eingeräumt, daher ist das Reichsgericht nicht berufen, Bestand und Gewicht dieser öffentlichen Rücksichten zu überprüfen (Nr. 49 der Sammulng der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes von Hye-Glunek); in dem angeführten Erkenntnisse ist auch ausgesprochen, daß die Verfügung einer Verwaltungsbehörde, die die beschlossene Auflösung eines Vereines bloß mit der Anführung der Bestimmung des § 24, lit. d VerG. begründet, gesetzlich begründet ist. Verschieden von der Auflösung der Gesellschaft durch die nach dem Vereinsgesetze zuständige Verwaltungsbehörde ist die Entziehung der Konzession zum Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens; hierin liegt noch keine Auflösung der Aktiengesellschaft (vergl. § 19 zu Art. 208).

Artikel 243.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht eine Folge des eröffneten Konkurses ist, durch den Vorstand bei Ordnungsstrafe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden; sie muß zu drei verschiedenen

---

a) sich ohne die erforderliche Bewilligung gebildet oder nachdem ihnen diese wieder entzogen wurde, ihre Wirksamkeit fortgesetzt haben;
b) wenn ihnen nach bereits erhaltener Genehmigung Überschreitungen der Gesellschaftsregeln oder der ihnen von der Behörde und durch die Bewilligung des Vereines vorgezeichneten Bestimmungen in wesentlichen Punkten zur Last fallen;
c) wenn die Bedingungen, auf deren Vernachlässigung die Zurücknahme oder das Erlöschen der Bewilligung ausdrücklich vorausbestimmt wurde, in der Sache oder in der Zeit ohne eine erwirkte Fristerweiterung nicht gehörig erfüllt wurden oder
d) wenn solche Umstände eintreten, unter welchen nach den Gesetzen oder aus öffentlichen Rücksichten die Zurücknahme eines Befugnisses zur Ausübung einer Beschäftigung oder Unternehmung, auch bei einzelnen Privaten stattfindet."

Digitized by Google

Malen durch die hiezu bestimmten öffentlichen Blätter (Art. 209, Z. II) bekanntgemacht werden.

Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich bei der Gesellschaft zu melden.

Der Artikel ordnet an die Anmeldung der Gesellschaftsauflösung zur Eintragung, die Publikation in öffentlichen Blättern und die Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden. Einleitung.

1. **Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister.** § 1.
   a) Die Eintragung gehört regelmäßig nicht zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses. Das ist das erste, was hier betont werden muß, insbesondere gegenüber Gareis-Fuchsberger (S. 537, Note 471), welche der Bemerkung, daß der Auflösungsgrund einzutragen sei, die Parenthese hinzufügen: „(Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses ohne Registrierung im Handelsregister Art. 214)." Es ist hier nicht, wie in Art. 214, die Gültigkeit von der Eintragung abhängig gemacht (vergl. auch AblCl. 583). Nur wenn in dem Auflösungsbeschlusse zugleich eine Statutenänderung liegt, also z. B. bei Verkürzung der statutenmäßigen Gesellschaftsdauer, muß außerdem der Vorschrift des Art. 214 gemäß die Eintragung erfolgen, damit der Beschluß gültig werde (zust. Ring, Anm. 2; Förtsch, Anm. 2).
   b) Die Anmeldung liegt dem Vorstande ob, das heißt in derjenigen Zusammensetzung, in welcher ihm die Vertretung der Gesellschaft zusteht (vergl. § 2 zu Art. 228; § 2 zu Art. 233). Er kann durch Ordnungsstrafen zu dieser Anmeldung angehalten werden. § 2.
   c) Die Anmeldung erfolgt bei dem Gerichte der Hauptniederlassung und auch der Zweigniederlassungen (vergl. § 2 zu Art. 212). § 3.
   d) Das Handelsgericht hat die Eintragung zu publizieren (Art. 13). § 4.

2. **Die Auflösung muß durch die Gesellschaft publiziert werden,** also neben der eben erwähnten Publikation durch das Handelsgericht. Sie erfolgt durch den Liquidator. Denn im Augenblicke der Fassung der Auflösungsbeschlüsse, beziehungsweise der Eintragung derselben, ist die Auflösung eingetreten (§ 1), wenn der Beschluß nicht einen späteren Zeitpunkt festsetzt. In letzterem Falle braucht aber die Liquidation auch erst nach Eintritt dieses Zeitpunktes publiziert zu werden. § 5.

3. **Außerdem müssen hiebei gleichzeitig die Gläubiger aufgefordert werden, sich zu melden.** Dabei wird bezweckt, die Gläubiger zur Wahrung ihrer Rechte zu veranlassen und die Gesellschaftsorgane in den Stand zu setzen, den Umfang der Ansprüche zu ermitteln (ROHG. 24, S. 254). Zu dieser Aufforderung kann der Vorstand durch Ordnungsstrafen nicht angehalten werden, da sich die in diesem Artikel enthaltene Androhung von Ordnungsstrafen nur auf die Verpflichtung zur Anmeldung zum Handelsregister bezieht. Die staatliche Aufsichtsbehörde kann allerdings kraft ihres Aufsichtsrechtes den Vorstand anhalten, auch die Aufforderungen an die Gläubiger ergehen zu lassen. § 6.

Zusatz 1. Die Bedeutung der Eintragung liegt darin, daß die Gesellschaftsauflösung dem Dritten nur entgegengesetzt werden kann, wenn sie eingetragen ist (Art. 233). Vergl. auch § 4 zu Art. 25. § 7.

Digitized by Google

Grundlagen fortzusetzen, ist folgender Weg gangbar: Die Aktionäre der alten Gesellschaft oder wenigstens soviele von ihnen, als sich dabei beteiligen wollen, gründen eine neue Gesellschaft; sie inferieren dabei die Aktien der alten Gesellschaft, der Rest wird bar gezeichnet; die neue Gesellschaft schließt im Stadium der Gründung mit den hiezu zu ermächtigenden Liquidatoren der alten Gesellschaft einen Übernahmevertrag, inhalts dessen die neue Gesellschaft das Vermögen der alten Gesellschaft (Aktiva und Passiva und Firmenrecht) kauft, wobei die neue Gesellschaft gegen den Anspruch der alten Gesellschaft auf den Kaufpreis ihren Anspruch auf den Liquidationserlös kompensiert, den Rest des Kaufpreises aber bar zahlt.

§ 3. II. **Den Inhalt des vorstehenden Artikels bilden die Gründe der Auflösung.** Dabei zählt Abs. 1 bestimmte Auflösungsgründe auf, während Abs. 2 die Möglichkeit anderer Auflösungsgründe ausspricht.

1. (Abs. 1.) **Die vier benannten Auflösungsgründe.**

Ziffer 1. Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit.[1]) Eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft gibt es hier nicht. Nach Ablauf der statutarischen Gesellschaftsdauer tritt die Auflösung von selbst ein (ROHG. 14, S. 366). Wollen die Aktionäre die Gesellschaft über die statutenmäßig vorgesehene Zeit fortsetzen, so müssen sie dies durch einen der staatlichen Genehmigung unterliegenden Statutenänderungsbeschluß in der Generalversammlung bestimmen, solange die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist (Lehmann II., S. 505; Felix Mayer in GZ. 1900, S. 402; vergl. auch Leist, S. 141, N. 1). Nach eingetretener Auflösung ist eine Fortsetzungsvereinbarung nicht mehr zulässig, sondern nur noch Neugründung (vergl. § 2).

Andrerseits kann die Generalversammlung auch Verkürzung der statutenmäßigen Dauer beschließen, doch liegt darin nicht nur eine Statutenänderung (dagegen Lehmann II., S. 510), sondern auch ein auf Auflösung abzielender Beschluß, weshalb nach beiden Richtungen die gesetzlichen und statutarischen Erfordernisse des Beschlusses vorhanden sein müssen.

§ 4. **Ziffer 2. Beschluß der Generalversammlung.** Gesetzlich ist hiefür keine besondere Qualität gefordert. Wenn das Statut nichts besonderes bestimmt, so genügt einfache Majorität (Hahn, § 3 zu Art. 242; Randa II., S. 223). Über die abweichende Ansicht Renauds (S. 716), der zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses die Zustimmung aller Aktionäre verlangt, siehe die Bemerkungen bei § 3 zu Art. 214. Das Aktienregulativ verlangt, daß das Statut für die Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses dieselben Erfordernisse aufstellt, wie für die Gültigkeit eines Beschlusses auf Abänderung der Statuten (§§ 55, Abs. 1, 48, Abs. 1 und 4 A. Reg.; vergl. § 5 zu Art. 214). Der Beschluß auf Auflösung der Gesellschaft bedarf, auch wenn er keine Statutenänderung enthält, der öffentlichen Beurkundung (vergl. § 6 zu Art. 214). Über die Berechnung der Mehrheit und den Begriff des vertretenen Grundkapitals vergl. § 5 zu Art. 214. Eintragung des Beschlusses ist im allgemeinen nicht erforderlich (§ 1 zu Art. 243). Wenn der Auflösungsbeschluß

[1]) Die Festsetzung einer bestimmten Dauer der Gesellschaft kommt in der Praxis vor (vergl. Statuten der österreichischen Länderbank, der österreichischen Bodenkreditanstalt).

Digitized by Google

gleichzeitig eine Statutenänderung enthält (vergl. § 3), so müssen auch die Erfordernisse der Statutenänderung gewahrt sein (§ 1 zu Art. 243). Ob besondere Versammlungen der verschiedenen Aktiengattungen notwendig sind, darüber siehe § 3 im 2. Exkurse zu Art. 215. An die gesetzlichen und statutenmäßigen Erfordernisse eines Auflösungsbeschlusses ist auch der Beschluß auf Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gebunden (§ 97, Abs. 1 GmbHG.). Eine Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, besteht den Gläubigern gegenüber nicht (RG. 36, S. 37).

Staatliche Genehmigung ist für die Gültigkeit des Beschlusses auf Auflösung der Gesellschaft, wenn derselbe keine Statutenänderung enthält, nicht notwendig; das Gesetz verlangt lediglich gerichtliche oder notarielle Beurkundung (P. 362; Lehmann II., S. 510; Renaud, S. 719; Randa II., S. 224; Landesberger, S. 129). Allerdings kann im Statute die staatliche Genehmigung rechtswirksam als Bedingung der Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses festgesetzt werden (Renaud, S. 718; vergl. Statuten des österr. Kreditinstitutes für Verkehrsunternehmungen). Das Aktienregulativ verlangt nirgends die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Statut. Verschieden von der staatlichen Genehmigung der freiwilligen Auflösung ist die nach § 23 VersG. von der beabsichtigten Auflösung zu erstattende Anzeige an die Verwaltungsbehörde. Die Verabsäumung dieser Anzeigepflicht, welche nur bei solchen Aktiengesellschaften, die einen öffentlichen gemeinnützigen Zweck verfolgen, obliegt, hat keine privatrechtlichen Folgen.

Ziffer 3. Verfügung der Verwaltungsbehörde, wenn sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat. Hierüber siehe Erläuterung zu Art. 240 und unten § 15. **§ 5.**

Ziffer 4. Konkurs.[2]) Derselbe hat ipso jure Auflösung der Gesellschaft zur Folge, das heißt er bewirkt ipso jure das Wegfallen jeder auf einen anderen Zweck gerichteten Tätigkeit und substituiert den alleinigen Zweck der Befriedigung der Gläubiger und der Verteilung des Überschusses an die Aktionäre. **§ 6.**

Verwaltung und Verfügung über das der Gesellschaft gehörige Vermögen gehen dabei (§ 1 KO.) auf die Gläubigerschaft über. Der Masseverwalter hat hiebei die Organe der Gesellschaft nicht zu befragen, weder den Aufsichtsrat noch die Generalversammlung. Die Aktionäre können im Konkurse selbstverständlich nicht etwa ihre Einlagen als Gläubiger zurückfordern (AbICl. 1215; Bett, S. 63; dagegen R. Pollak, Konkursrecht, S. 187), vielmehr kann eine Verteilung an die Aktionäre erst nach Tilgung der Schulden erfolgen (Art. 245; R. Pollak a. a. O. will auch diese Teilung noch im Zuge des Konkursverfahrens erfolgen lassen). Dem oben ausgesprochenen Grundsatze, daß der Aktionär seine Einlage im Konkurse der Gesellschaft nicht als Gläubiger fordern kann, steht einer Geltendmachung einer Schadenersatzforderung des Käufers eigener Aktien der Gesellschaft auf Grund betrügerischer Zusagen der Gesellschaftsorgane beim Kaufabschlusse nicht entgegen (Bolze in Leip-

[2]) Vergl. hiezu: Jäger, Komm. zur KO.; Erläuterungen zu den §§ 207, 208; Bett, Der Konkurs der Aktienges. (in Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien, III. Bd., 2. Heft, 1904).

Digitized by Google

ziger Z. 1907, S. 9; a. M. RG. 62, S. 29[3]) und teilweise Hagens Leipziger Z. 1907, S. 241 ff.). Der Masseverwalter hat auch den Aktionären gegenüber die Forderungen der Gesellschaft auf rückständige Einlagen geltend zu machen. Es kann ihm nicht der Einwand gemacht werden, daß die Einzahlung ihrem Zwecke nicht mehr dienen könne, da die Gesellschaft die Verfolgung ihrer Zwecke aufgegeben habe. Denn einer der Hauptzwecke der Einlagen ist die Befriedigung der Gläubiger und diese wird gerade durch den Verwalter intendiert (ROHG. 19, S. 227; 20, S. 270; Lehmann II., S. 394; Randa II., S. 166; Bett, S. 47; Jäger a. O.; anders AdlCl. 664 und 923). Nur muß der Masseverwalter selbstverständlich den zahlenden Aktionären Aktienurkunden aushändigen (ROHG. 19, S. 233; Bolze 7, Nr. 643; a. M. Silbernagel, S. 150). Mehr, als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich, darf der Masseverwalter nicht einziehen, ein hierauf gestützter Einwand ist zulässig (Lehmann II., S. 606; Behrend, § 142, Anm. 15; Bett, S. 49; vgl. auch § 90, Abs. 3 GmbHG.). Über die Frage, ob eine Aufrechnung gegen die Forderung auf Einzahlung der Aktienbeträge zulässig ist, vergl. Zusatz zu Art. 220 bis 223. Im übrigen ist der Aktionär zur Anmeldung von Forderungen (z. B. der festgestellten Dividenden; vergl. hierüber § 4 zu Art. 220 bis 223) und zur Geltendmachung von Gegenforderungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt (vergl. Randa II., S. 195). Neben dem Masseverwalter fungieren aber die Organe der Gesellschaft weiter: Liquidatoren, Aufsichtsrat und Generalversammlung. Die Gesellschaft ist gleichzeitig im Konkurse und in Liquidation, nur daß selbstverständlich die Aufgaben der Organe soweit zurückgedrängt sind, als die Aufgabe des Masseverwalters reicht (RG. 14, S. 418; Canstein I., S. 604; Frankl in Jur. Vierteljahrsschr. 1888, S. 18 ff. und Gründe bei AdlCl. 821). Dennoch ist ihre Aufgabe nicht inhaltlos. Sie kommt in verschiedener Richtung zur Geltung. Es wird in dieser Beziehung verwiesen auf die §§ 65, 97, 124, 146 KO.; vergl. Pollitzer, S. 283; Lehmann II., S. 604; vergl. ferner RG. vom 30. Mai 1896 in J. W., S. 373 (die Klage eines Aktionärs auf Anerkennung seiner Mitgliedschaft ist auch im Konkurse gegen den Liquidator zu richten; vergl. hiezu GlUNF. 3199). Es geht entschieden nicht, in den genannten Fällen der Konkursordnung an Stelle des Gemeinschuldners im Konkurse der Aktiengesellschaft sämtliche Aktionäre zu setzen (dagegen AdlCl. 543; in unserem Sinne aber die zweite Instanz und die eingehenden Bemerkungen zu diesem Erkenntnisse in den Mitteilungen des Prager Juristenvereines 1876, S. 60.[4]) Die Beendigung des Konkurses einer Aktiengesellschaft durch Zwangsausgleich ist zulässig trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes des § 238 KO. (R. Pollak, S. 401; Schwarz, Das österreichische Konkursrecht I., S. 243; Canstein I., S. 603; Frankl in Jur. Vierteljahrsschr. 1888, S. 18; Robitschek in den Mitteilungen des

[3]) Vergl. aus den Gründen: „Dem Aktionär ist unter keinen Umständen gestattet, seine zu Recht bestehende Aktienbeteiligung in ein Gläubigerrecht umzuwandeln und so den Gesellschaftsgläubigern Konkurrenz zu machen . . ."

[4]) Vergl. auch § 60, Abs. 3, GenG.: „Dem Vorstande, rücksichtlich den Liquidatoren kommt im Konkursverfahren die rechtliche Stellung zu, welche die Konkursordnung dem Gemeinschuldner zuweist."

Digitized by Google

Prager Juristenvereines 10. Bd., S. 87; Randa II., S. 224, 246; dagegen Adl.Cl. 685). § 208 KO. ist auf Aktiengesellschaften nur soweit anwendbar, als er zum Schutze der Gläubiger bei Unklarheit der Vermögensmasse einen Zwangsausgleich ausschließt (§ 208 KO., lit. e, f; vergl. Bett, S. 35), als er allgemeine, auf physische wie auf juristische Personen in gleicher Weise anwendbare Voraussetzungen des Ausgleichsverfahrens festsetzt (§ 208, lit. a), nicht aber sofern er den Zwangsausgleich wegen persönlicher Unwürdigkeit des Gemeinschuldners (§ 208, lit. c, d) ausschließt (Bett, a. a. O.); zweifelhaft kann immerhin die Anwendbarkeit des Ausschließungsgrundes des § 208, lit. b, bleiben. Nach Beendigung des Konkurses entfalten sich die Funktionen der Liquidatoren, des Aufsichtsrates und der Generalversammlung zu vollem gesetzlichen Umfange. Aber die Gesellschaft bleibt eine Liquidationsgesellschaft. Die Tatsache der eingetretenen Auflösung kann nicht ungeschehen gemacht werden. Das normale Leben der Aktiengesellschaft ist definitiv vernichtet, nur Neugründung ist noch möglich (vergl. § 2).

2. (Abs. 2.) **Von anderen Auflösungsgründen spricht das Gesetz, benennt aber nur einen.** Wenn das Gesetz von Auflösungsgründen spricht, ohne sie zu benennen, so denkt es an Auflösungsgründe, die das Handelsgesetzbuch an anderer Stelle normiert, die sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft ergeben und die nach dem betreffenden Landesrechte die Auflösung einer Aktiengesellschaft herbeiführen. Die Worte „nach dem in den einzelnen Staaten geltenden Rechte" beziehen sich nicht nur auf die „Zurücknahme der staatlichen Genehmigung", sondern auch „auf die Auflösung aus anderen Gründen" (Hahn, § 11 zu Art. 242). Die Subsidiarität landesrechtlicher Auflösungsgründe ist also im Gegensatze zu Art. 123 grundsätzlich anerkannt (vergl. § 3 zu Art. 123). Das österreichische Recht kennt jedoch außer den Bestimmungen des Vereinsgesetzes über die Auflösung des Vereines durch die Verwaltungsbehörde keinen nicht schon im Handelsgesetzbuche erwähnten Auflösungsgrund. Insbesondere kann die Bestimmung des § 1205 ABGB., sofern sie nicht ohnehin mit den im Art. 242 erwähnten Auflösungsgrunde des Ablaufes der statutenmäßig festgesetzten Zeit zusammenfällt, auf Aktiengesellschaften nicht angewendet werden; denn § 1205 regelt das Erlöschen einer societas, die Aktiengesellschaft ist aber eine juristische Person, für deren Entstehung und Erlöschung ganz verschiedene Grundsätze maßgebend sind (dagegen Pollitzer, S. 286). Jedoch bewirkt die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes oder die eingetretene Unmöglichkeit, denselben zu erreichen, schon nach der Natur der Sache die Auflösung der Gesellschaft (Lehmann II., S. 519). § 7.

a) Ein anderer Auflösungsgrund, den das Gesetz selbst anderweit nennt, ist die Fusion. Doch liegt hier mehr als Auflösung, nämlich Untergang der Gesellschaft vor (vergl. § 1 zu Art. 247). § 8.

b) Kein Auflösungsgrund ist die Vereinigung aller Aktien in einer Hand (RG. vom 25. Februar 1897 in J. W., S. 191; Renaud, S. 745; Lehmann II., S. 512; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 3. Aufl., S. 314; Petersen und Pechmann, S. 559; Randa II., S. 229; vgl. auch RG. 22, S. 116, 23, S. 202; Passow, S. 222; Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte, S. 102; ferner RG. bei SeuffA. 60, Nr. 216: keine Auflösung der Gesellschaft m. b. H. bei § 9.

Digitized by Google

Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand[5]); a. M. Gierke, Privatrecht I., S. 599). Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die selbständige Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft dadurch aufhören sollte. Es wird zwar geltend gemacht, daß die Organisation der Gesellschaft beseitigt sei, da der Aufsichtsrat zu funktionieren aufhöre. Allein einmal ist das, auch dort, wo das Gesetz die obligatorische Bestellung eines Aufsichtsrates vorschreibt, nicht unbedingt richtig, da ja gesetzlich der Aufsichtsrat aus Aktionären nicht zu bestehen braucht. Im übrigen gehört die Organisation nicht derart zum Wesen der juristischen Person, daß ihre zeitweilige Zerstörung die juristische Persönlichkeit für immer vernichtete. Es liegt dann weiter nichts vor, als daß die juristische Person zeitweilig ohne Willenslenker besteht, wie wenn ein unmündiges Kind zur Zeit keinen Vormund hätte. Auf die Rechtspersönlichkeit hat dies keinen Einfluß. Wie soll man sich überhaupt das Aufhören der Rechtspersönlichkeit denken? Wer soll dann Schuldner der Geschäftsschulden werden? Der Erwerber aller Aktien? Das ist juristisch in keiner Weise begründet, da man durch Aktienerwerb Rechte, aber nicht Pflichten erwirbt. Und mit diesem Übergange der Schulden werden oft die Gläubiger, oft der Aktienerwerber nicht einverstanden sein (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 82).

§ 10. c) Mehr als Auflösungsgrund ist die Amortisation sämtlicher Aktien (vergl. 1. Exkurs zu Art. 248). In dieser liegt nicht bloß die Auflösung, sondern der Untergang der Gesellschaft, ein Unterschied, den Hahn (3. Aufl., I., S. 748) zutreffend hervorhebt und Petersen und Pechmann (S. 560) mit Unrecht leugnen. Die juristische Person entbehrt nicht bloß momentan der Leitung, sondern es fehlt ihr überhaupt das persönliche Substrat. So selbständig sie auch ist, so besteht sie doch nur durch Personen und um der Personen willen, die ihre Mitglieder bilden. Besteht nach Aufhören jeder Mitgliedschaft noch Vermögen, so ist dies herrenloses Gut. Es tritt dann keine Liquidation der Gesellschaft, sondern die Verwaltung herrenlosen Gutes durch die hiezu legitimierten Personen oder Behörden ein. Werden an Stelle der amortisierten Aktien Genußscheine ausgegeben, so wird die Auflösung der Aktiengesellschaft nur dann gehindert, wenn die mit dem Ausdrucke „Genußschein" bezeichneten Papiere in Wahrheit Urkunden über Aktienrechte sind (vergl. Exkurs 2 zu Art. 248; a. M. Staub[8], Anm. 29 zu § 179).

§ 11. d) In Bd. 7, S. 70, hat das Reichsgericht gesagt, daß durch die Verlegung des Sitzes in das Ausland die Gesellschaft ihre im Inlande anerkannte Rechtspersönlichkeit verliert und dieser Beschluß daher die Wirkungen der Auflösung hat. Allein ein solcher Beschluß hat nicht, wie das Reichsgericht formuliert, die Wirkungen, sondern die Voraussetzungen des Auflösungsbeschlusses und alsdann selbstverständlich auch die Wirkungen. Denn zum Wesen der Aktiengesellschaft gehört, daß sie einen Sitz im Inlande habe (Art. 209 und § 3 dazu). Will sie den Sitz im Inlande aufgeben, so will sie damit ihre Eigenschaft als inländische Aktiengesellschaft aufgeben. Zu den Voraussetzungen eines Auflösungsbeschlusses aber gehört vor allem auch eine Fassung, die

[5]) Auch die Reg. Motive zu § 84 GmbHG. erklären, daß in der Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand keine Auflösung der Gesellschaft gelegen ist. In § 95 findet diese Ansicht gesetzlichen Ausdruck. Die Voraussetzungen für die analoge Anwendung auf Aktiengesellschaften (vergl. § 1 zu Art. 207) sind gegeben.

Digitized by Google

deutlich den Willen dokumentiert, aufzulösen und zu liquidieren. Ein bloßer Sitzverlegungsbeschluß entbehrt nun aber dieser Deutlichkeit; denn eher scheint derselbe auf den Willen hinzudeuten, nicht aufzulösen, nicht zu liquidieren und keine neue Gesellschaft im Auslande zu gründen, sondern einfach die hiesige Gesellschaft als identisches Rechtssubjekt in das Ausland zu übertragen (zustimmend Randa II., S. 229). Gerade das aber ist nicht möglich.

e) Der einzelne Aktionär oder eine irgendwie qualifizierte Minderheit hat kein Recht, die Auflösung zu verlangen (Lehmann II., S. 502).[6]) Es war im Entwurfe zur deutschen Aktiennovelle vom Jahre 1884 geplant, einer qualifizierten Minderheit das Recht zu gewähren, dieser Plan ist aber schon im zweiten Entwurfe auf Grund der allgemein ablehnenden Kritik aufgegeben worden (Ring, Anm. 7). Auch das deutsche Handelsgesetzbuch kennt ein derartiges Recht nicht. § 12.

f) Der einzelne Aktionär hat auch kein Recht auf eigene Abschichtung. Will er in der Gesellschaft nicht verbleiben, so mag er seinen Anteil veräußern. Will oder kann er auch dies nicht, so muß er auf das Zustandekommen eines Auflösungsbeschlusses in der Generalversammlung hinwirken. § 13.

g) Auch der Fortfall jedes Vermögens ist (entgegen RG. 14, S. 418; 15, S. 103) kein Auflösungsgrund. Der Fall wird wohl kaum praktisch werden, daß eine Aktiengesellschaft nichts, absolut nichts, ihr eigen nennt. Mindestens irgendwelche Ansprüche und seien es auch nur Regreß- oder Befreiungsansprüche, wird sie doch haben. Immerhin muß der Vollständigkeit wegen zu dieser Frage Stellung genommen werden und das kann nur in dem gedachten Sinne geschehen. Warum sollte eine solche Gesellschaft nicht weiter existieren können? Sie kann ja vielleicht im Vertrauen auf die Persönlichkeit ihrer Leiter Kredit und dadurch die Möglichkeit der Fortsetzung ihrer Existenz erhalten. Ja sie steht doch noch besser da wie eine überschuldete Gesellschaft! (ebenso Pinner, S. 281, Randa II., S. 229). § 14.

h) **Die Zurücknahme der staatlichen Genehmigung.** In einem bestimmten Falle räumt das Gesetz der Staatsverwaltungsbehörde das Recht ein, die Aktiengesellschaft aufzulösen (vergl. Art. 240). Ob und unter welchen Voraussetzungen die Staatsverwaltungsbehörde auch in anderen Fällen ein gleiches Recht haben soll, wollte das Handelsgesetzbuch dem Rechte des einzelnen Staates überlassen. Diesen Gedanken wollte die mannigfach durchberatene Bestimmung des Art. 242, Abs. 2, in ihrer jetzigen Fassung zum Ausdruck bringen (vergl. über die Redaktionsgeschichte Renaud, S. 733 bis 737; Hahn, §§ 5 ff. zu Art. 242). Für das österreichische Recht ist sedes materiae § 24 des VerG.[7]) Außer den dortselbst § 15.

[6]) Literatur über diese bestrittene Frage siehe in den Motiven zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 365. Im Fragebogen (Nr. 51) wird die Frage aufgeworfen, ob dem einzelnen Aktionär oder einer Aktionärgruppe aus dem Grunde der Unerreichbarkeit des gesellschaftlichen Zweckes ein Klagerecht auf Auflösung der Gesellschaft zu gewähren ist. Die Frage wird ziemlich übereinstimmend verneint.

[7]) Diese Gesetzesstelle lautet:

„Die Auflösung eines Vereines und die Einstellung aller Versammlungen oder allfälligen Voreinleitungen eines erst zu bildenden Vereines ist von den politischen Behörden von Amts wegen zu veranlassen, wenn dieselben:

Digitized by Google

aufgezählten Fällen kann — abgesehen von dem Falle des Art. 240 — die Auflösung der Aktiengesellschaft durch die Verwaltungsbehörde nicht verfügt werden (Tezner im Österr. Staatswörterbuch unter Artikel „Vereinsrecht"). Freilich ist infolge der weit gefaßten Bestimmung des § 24, lit. d VerG. das freie Belieben der Verwaltungsbehörden, eine Aktiengesellschaft aufzulösen, sehr wenig beschränkt. Zuständig zur Fällung des Auflösungserkenntnisses ist die politische Landesbehörde (Statthalterei oder Landesregierung), in deren Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 25 VerG.), trotzdem die Genehmigung zur Errichtung der Aktiengesellschaft vom Ministerium zu erteilen ist (vergl. hierüber Tezner a. a. O.). Die politische Landesbehörde hat bei Fällung des Auflösungserkenntnisses aus den Gründen des § 24, lit. b bis d VerG. zwei Justizräte beizuziehen. Über die praktische Handhabung dieser Bestimmung vergl. Tezner a. a. O. und Mayrhofer, Handbuch V., S. 344, Note 2. Gegen die Entscheidung der Landesbehörde ist der Rekurs an das Ministerium des Innern zulässig (§ 25 VerG.). Die Beschwerde an das Reichsgericht ist grundsätzlich zulässig. Ist jedoch die Auflösung aus den Gründen des § 24, lit. d, ausgesprochen, so ist die Beschwerde an das Reichsgericht praktisch bedeutungslos, denn das Vereinsgesetz vom Jahre 1852 hat den Verwaltungsbehörden, wenn sie mit der Auflösung eines nach diesem Gesetze gebildeten Vereines aus öffentlichen Rücksichten vorgehen, in Beziehung auf die Beurteilung dieser öffentlichen Rücksichten diskretionäre Gewalt eingeräumt, daher ist das Reichsgericht nicht berufen, Bestand und Gewicht dieser öffentlichen Rücksichten zu überprüfen (Nr. 49 der Sammulng der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes von Hye-Glunek); in dem angeführten Erkenntnisse ist auch ausgesprochen, daß die Verfügung einer Verwaltungsbehörde, die die beschlossene Auflösung eines Vereines bloß mit der Anführung der Bestimmung des § 24, lit. d VerG. begründet, gesetzlich begründet ist. Verschieden von der Auflösung der Gesellschaft durch die nach dem Vereinsgesetze zuständige Verwaltungsbehörde ist die Entziehung der Konzession zum Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens; hierin liegt noch keine Auflösung der Aktiengesellschaft (vergl. § 19 zu Art. 208).

Artikel 243.

Die Auflösung der Gesellschaft muß, wenn sie nicht eine Folge des eröffneten Konkurses ist, durch den Vorstand bei Ordnungsstrafe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden; sie muß zu drei verschiedenen

a) sich ohne die erforderliche Bewilligung gebildet oder nachdem ihnen diese wieder entzogen wurde, ihre Wirksamkeit fortgesetzt haben;
b) wenn ihnen nach bereits erhaltener Genehmigung Überschreitungen der Gesellschaftsregeln oder der ihnen von der Behörde und durch die Bewilligung des Vereines vorgezeichneten Bestimmungen in wesentlichen Punkten zur Last fallen;
c) wenn die Bedingungen, auf deren Vernachlässigung die Zurücknahme oder das Erlöschen der Bewilligung ausdrücklich vorausbestimmt wurde, in der Sache oder in der Zeit ohne eine erwirkte Fristerweiterung nicht gehörig erfüllt wurden oder
d) wenn solche Umstände eintreten, unter welchen nach den Gesetzen oder aus öffentlichen Rücksichten die Zurücknahme eines Befugnisses zur Ausübung einer Beschäftigung oder Unternehmung, auch bei einzelnen Privaten stattfindet."

Digitized by Google

Malen durch die hiezu bestimmten öffentlichen Blätter (Art. 209, Z. II) bekanntgemacht werden.

Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich bei der Gesellschaft zu melden.

Der Artikel ordnet an die Anmeldung der Gesellschaftsauflösung zur Eintragung, die Publikation in öffentlichen Blättern und die Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden. Einleitung.

1. **Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister.** § 1.

   a) Die Eintragung gehört regelmäßig nicht zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses. Das ist das erste, was hier betont werden muß, insbesondere gegenüber Gareis-Fuchsberger (S. 537, Note 471), welche der Bemerkung, daß der Auflösungsgrund einzutragen sei, die Parenthese hinzufügen: „(Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses ohne Registrierung im Handelsregister Art. 214)." Es ist hier nicht, wie in Art. 214, die Gültigkeit von der Eintragung abhängig gemacht (vergl. auch AblCl. 583). Nur wenn in dem Auflösungsbeschlusse zugleich eine Statutenänderung liegt, also z. B. bei Verkürzung der statutenmäßigen Gesellschaftsdauer, muß außerdem der Vorschrift des Art. 214 gemäß die Eintragung erfolgen, damit der Beschluß gültig werde (zust. Ring, Anm. 2; Förtsch, Anm. 2).

   b) Die Anmeldung liegt dem Vorstande ob, das heißt in derjenigen Zusammensetzung, in welcher ihm die Vertretung der Gesellschaft zusteht (vergl. § 2 zu Art. 228; § 2 zu Art. 233). Er kann durch Ordnungsstrafen zu dieser Anmeldung angehalten werden. § 2.

   c) Die Anmeldung erfolgt bei dem Gerichte der Hauptniederlassung und auch der Zweigniederlassungen (vergl. § 2 zu Art. 212). § 3.

   d) Das Handelsgericht hat die Eintragung zu publizieren (Art. 13). § 4.

2. **Die Auflösung muß durch die Gesellschaft publiziert werden**, also neben der eben erwähnten Publikation durch das Handelsgericht. Sie erfolgt durch den Liquidator. Denn im Augenblicke der Fassung der Auflösungsbeschlüsse, beziehungsweise der Eintragung derselben, ist die Auflösung eingetreten (§ 1), wenn der Beschluß nicht einen späteren Zeitpunkt festsetzt. In letzterem Falle braucht aber die Liquidation auch erst nach Eintritt dieses Zeitpunktes publiziert zu werden. § 5.

3. **Außerdem müssen hiebei gleichzeitig die Gläubiger aufgefordert werden, sich zu melden.** Dabei wird bezweckt, die Gläubiger zur Wahrung ihrer Rechte zu veranlassen und die Gesellschaftsorgane in den Stand zu setzen, den Umfang der Ansprüche zu ermitteln (ROHG. 24, S. 254). Zu dieser Aufforderung kann der Vorstand durch Ordnungsstrafen nicht angehalten werden, da sich die in diesem Artikel enthaltene Androhung von Ordnungsstrafen nur auf die Verpflichtung zur Anmeldung zum Handelsregister bezieht. Die staatliche Aufsichtsbehörde kann allerdings kraft ihres Aufsichtsrechtes den Vorstand anhalten, auch die Aufforderungen an die Gläubiger ergehen zu lassen. § 6.

Zusatz 1. Die Bedeutung der Eintragung liegt darin, daß die Gesellschaftsauflösung dem Dritten nur entgegengesetzt werden kann, wenn sie eingetragen ist (Art. 233). Vergl. auch § 4 zu Art. 25. § 7.

Digitized by Google

§ 8. Zusatz 2. **Alles Vorstehende ist angeordnet für diejenigen Fälle der Auflösung, die nicht auf der Konkurseröffnung beruhen. Für den Fall des Konkurses** greift die Bestimmung des § 204 der KO. Platz, nach welcher das Gericht die Eröffnung des Konkurses über eine Aktiengesellschaft von Amts wegen im Handelsregister anzumerken hat.

Artikel 244.

Die Liquidation geschieht durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluß der Aktionäre an andere Personen übertragen wird.

Es kommen die bei der offenen Handelsgesellschaft über die Anmeldung und das Rechtsverhältnis der Liquidatoren gegebenen Bestimmungen auch hier zur Anwendung, mit der Maßgabe, daß die Anmeldungen behufs der Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu machen sind.

Die Bestellung der Liquidatoren ist jederzeit widerruflich.

Der Artikel enthält Vorschriften über die Berufung (Abs. 1), **über die Regeln, nach welchen die Liquidation erfolgt** (Abs. 2), **und die Abberufung der Liquidatoren** (Abs. 3). Vorauszuschicken ist:

I. Allgemeines über die Liquidation.

§ 1. 1. Die Liquidation ist die obligatorische Folge der Auflösung. Für die offene Handelsgesellschaft gibt Art. 133 die Vorschrift: „Nach Auflösung der Gesellschaft erfolgt die Liquidation". Eine gleiche Vorschrift fehlt hier. Vielmehr wird die Liquidation als selbstverständliche Folge der Auflösung betrachtet, indem unter Weglassung einer Vorschrift, daß nach Eintritt der Auflösung die Liquidation erfolge, sofort angeordnet wird, durch wen sie geschieht. Einen materiellen Unterschied bedeutet dies nicht. Dennoch besteht ein solcher, aber aus anderem Gesichtspunkte. Bei der offenen Handelsgesellschaft wurde nämlich die Liquidation als die auf dispositiver Gesetzesvorschrift beruhende gesetzliche Folge der Auflösung bezeichnet (vergl. § 1 zu Art. 133). Die gesetzliche Folge der Auflösung ist nun die Liquidation auch hier. Aber es ist kein bloßes Dispositivgesetz, welches sie hier anordnet. Die Liquidation ist hier vielmehr die absolute, durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß nicht ausschließbare Folge der Auflösung. Bei der offenen Handelsgesellschaft sind die Gläubiger nicht so erheblich interessiert an der Art, wie die Versilberung und Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens erfolgt, wie hier. Denn dort verbleiben ihnen die Gesellschafter als persönliche Schuldner. Hier aber bedeutet die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens den Fortfall des realen Substrats der Aktiengesellschaft, das Aufhören der juristischen Person, welche auf diesem Substrat beruht, mit einem Worte: den Wegfall des Schuldners. Hier muß daher die Versilberung und Ausschüttung in den Formen und Fristen erfolgen, welche vom Gesetze angeordnet sind. Die Vorschriften sind publici juris (AdlCl. 1285; Behrend, § 139). Die in dieser Hinsicht abweichende Entscheidung des Kammergerichtes (bei Johow 5, S. 37), welche für alle Handelsgesellschaften die Liquidation für nicht absolut erforderlich hält, trifft nicht zu. Zwar kann das Gesellschaftsvermögen durch einen Vertrag auf eine andere Person übertragen werden, es kann auch dieser selbst

Digitized by Google

oder einer von ihr zu bezeichnenden Person die Durchführung der Liquidation übertragen werden. Immerhin ist auch in diesem Falle der Liquidator als Beauftragter der Gesellschaft anzusehen und den Weisungen der Generalversammlung und der Überwachung durch den Aufsichtsrat unterworfen. Eine davon abweichende Regelung würde den gesetzlichen Vorschriften widersprechen und unwirksam sein (Wiener in GZ. 27, S. 349; Ring, S. 660).

2. Das Wesen der Liquidation ergibt sich aus der bereits entwickelten Formel, daß die Auflösung zwar zur Folge hat, daß die Aktiengesellschaft ihr normales Leben als Erwerbsgesellschaft aufgibt, aber als Liquidationsgesellschaft, als Selbstvernichtungsgesellschaft, bleibt sie zunächst bestehen, bis dieser ihr einziger Zweck, die Selbstvernichtung, erzielt ist. Die Gesellschaft wird eine Liquidations-Aktiengesellschaft, sie hat lediglich die Aufgabe, zu liquidieren, und das hat zur Folge, daß ihre Organe zwar bestehen (Vorstand, jetzt Liquidatoren genannt, Generalversammlung, Aufsichtsrat — Johow 14, S. 238; Budwinski 1020, 1759; Lehmann II., S. 553 und 558 —) aber mit veränderten, eingeengten Befugnissen. Es bleibt die Organisation der Aktiengesellschaft für die Durchführung der Liquidationsaufgaben erhalten (Behrend, § 139; RDHG. 16, S. 286; 19, S. 163; 22, S. 243).[1]) Der Aktionär bleibt in der Liquidation an die Beschlüsse der Generalversammlung gebunden (RG. 3, S. 54) und auch Rechte aus Art. 237 können geltend gemacht werden (OLG. Hamburg in Seufferts Archiv 43, S. 207; RG. in Seufferts Archiv 41, Nr. 165). Auch das staatliche Aufsichtsrecht bleibt während der Dauer der Liquidation in Wirksamkeit (vergl. die oben angeführten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes). Aber es kann z. B. der Vorstand kein neues Geschäft erwerben, die Generalversammlung keine Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals beschließen, weil dies dem Wesen der Liquidation widerstreiten würde. Eine solche Handlung des Vorstandes würde dem analog anwendbaren Art. 137 widersprechen und ungültig sein (LG. Hamburg in GZ. 35, S. 234; Behrend, § 139, Anm. 15), auch nach außen; desgleichen ein solcher Generalversammlungsbeschluß (OLG. Dresden in Busch Archiv 47, S. 78). Auch der Sitz der Gesellschaft kann im Liquidationsstadium nicht mehr verlegt werden (Johow 15, S. 35). Am allerwenigsten kann die Generalversammlung die Aufgabe der Liquidation und die Umwandlung in eine Erwerbsaktiengesellschaft beschließen (§ 2 zu Art. 242). Weitere Wirkungen der Liquidation siehe § 2 zu Art. 242. **§ 2.**

II. Dies vorausgeschickt, ist zur Erläuterung des vorliegenden Artikels zu bemerken: **§ 3.**

A. (Abs. 1.) **Die Berufung der Liquidatoren.** Sie erfolgt, analog wie bei der offenen Handelsgesellschaft, durch Übereinkunft oder Gesetz.

---

[1]) Ausführliche Literaturangaben über diese Frage siehe in den Mot. zum AktG. von 1884, S. 367. Das Aktienregulativ will die bestehenden Zweifel damit abschneiden, daß es in § 55, Abs. 3, die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut verlangt, daß die Befugnisse der Generalversammlung, des Aufsichtsrates und der Rechnungsrevisoren auch während der Liquidation aufrecht bleiben. Viele Statuten haben auch vor dem Aktienregulativ ähnliche Bestimmungen enthalten. Diese Statutenbestimmungen sind ebenso wie die angeführte Bestimmung des Aktienregulativs vollkommen überflüssig. Denn wäre aus dem Gesetze wirklich die Vorschrift zu entnehmen, daß mit der Liquidation die Gesellschaftsorgane in Wegfall kommen, so wäre diese Vorschrift wie im Zweifel alle Vorschriften über die Liquidation juris publici und könnte durch eine entgegenstehende Statutenbestimmung nicht außer Anwendung gesetzt werden.

Digitized by Google

Übereinkunft oder Gesetz. Die Übereinkunft ist entweder eine im Gesellschaftsvertrage bereits enthaltene oder eine ad hoc getroffene. Wird sie ad hoc getroffen, so geschieht dies in derselben Weise, wie Gesellschaftsübereinkünfte stets bei Aktiengesellschaften zu stande kommen: durch einfachen Generalversammlungsbeschluß. Der letztere kann gegen das Statut auch andere Personen ernennen, da ihm insoweit das Abberufungsrecht zusteht und er dieses auch sofort ausüben kann (Ring, Anm. 2 gegen unsere 1. Aufl.).

Der Aufsichtsrat dagegen kann den Liquidator nicht ernennen, während er, falls das Statut dies bestimmt, den Vorstand ernennen kann. Legt daher der bestellte Liquidator sein Amt nieder, so vermag nur die Generalversammlung Ersatz zu schaffen.

Durch Gesetz ist der Vorstand berufen. Die Funktionen von Mitgliedern desselben verwandeln sich durch die Auflösung in die Funktionen der Liquidatoren. Sie haben nur noch die Auflösung und die ersten Liquidatoren anzumelden sowie die Auflösung zu publizieren, alsdann beginnt ihre veränderte Aufgabe als Liquidatoren. Eine richterliche Ernennung oder Abberufung der Liquidatoren findet bei der Liquidation der Aktiengesellschaft nicht statt. Denn Art. 244, Abs. 1, bestimmt ausdrücklich, durch wen die Liquidation zu geschehen hat, und erwähnt hiebei nichts von einer richterlichen Ernennung (AdlCl. 609; ROHG. 17, S. 44; Mot. zum Akt. Ges. von 1884, S. 368 und die dort angeführte Literatur[2]); anders nach § 295, Abs. 2 d. HGB.).

§ 4. B. (Abs. 3.) **Die Abberufung der Liquidatoren** kann jederzeit erfolgen. Die schon begrifflich vorhandene Widerruflichkeit der Liquidatoren anerkennt das Gesetz ausdrücklich (Hahn zu Art. 244). Durch wen die Abberufung zu geschehen hat, sagt das Gesetz nicht. Gemäß Art. 244, Abs. 2, entscheidet hier grundsätzlich Art. 134. Jedoch findet eine Abberufung durch den Richter ebensowenig wie eine Bestellung durch denselben statt. Aus dem Wortlaute des Art. 244, Abs. 2, ergibt sich zwar nur letzteres (vergl. oben § 3); jedoch stehen die Art. 133 und 134 in so engem Zusammenhange, daß man folgern muß, die Abberufung der Liquidatoren durch den Richter sei nur dann zulässig, wenn dem Richter auch ein Ernennungsrecht zustehe (AdlCl. 609; Blaschke-Pitreich, S. 229). Aber auch die Bestimmung des Art. 134, daß die Abberufung der Liquidatoren durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter erfolgt, kann nur mit der Maßgabe zur Anwendung kommen, daß statt eines einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter (Aktionäre) ein Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung genügt (Hahn, § 2 zu Art. 244; vergl. ROHG. 17, S. 45; vergl. unten § 7).

Ein Recht auf Durchführung der Liquidation hat der bestellte Liquidator nicht. Er kann in keinerlei Weise im Wege Rechtens durchsetzen, daß er Liquidator bleibe (Kammergericht bei Johow und Küntzel 3, S. 29). Er ist eben Beauftragter der Gesellschaft (RG. 7, S. 106) und deshalb ist sein Mandat jederzeit widerruflich. Entschädigungsansprüche aus bestehenden Dienstverträgen sind von selbst vorbehalten, das Gesetz brauchte dies nicht besonders auszusprechen.

[2]) Sollte man anderer Ansicht sein, so müßte man jedenfalls verlangen, daß das Begehren auf Ernennung von Liquidatoren im Wege einer Klage gestellt und darüber im ordentlichen Prozesse verhandelt wird. Es läge kein Grund vor, hier andere Grundsätze obwalten zu lassen als bei der offenen Handelsgesellschaft.

Digitized by Google

Der Aufsichtsrat dagegen hat kein Abberufungsrecht. Jedoch ist eine Delegation an den Aufsichtsrat zulässig.

C. (Abs. 2.) **1. Allgemeines über die Liquidationsgesellschaft.** Durch die sogenannte Auflösung der Aktiengesellschaft wird dieselbe eine Liquidations-Aktiengesellschaft. Schon aus dieser Bezeichnung ergibt sich, was für die Liquidation und die liquidierenden Organe Rechtens ist. Die Gesellschaft liquidiert, das heißt, sie übt diejenige Rechtstätigkeit aus, die bei der offenen Handelsgesellschaft ausführlich gesetzlich geregelt ist. Die Gesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, das heißt die Ausübung jener Rechtstätigkeit muß sich in denjenigen Normen und innerhalb derjenigen Organisation vollziehen, welche für die Geschäftsführung und die Vertretung der Aktiengesellschaft überhaupt maßgebend sind. Zugleich stehen beide Elemente in Wechselwirkung. Daß die Gesellschaft liquidiert, modifiziert die Vertretungsbefugnisse der Organe, schränkt sie ein; daß es eine Aktiengesellschaft ist, die liquidiert, ist nicht ohne Einfluß auf den Charakter der liquidierenden Gesellschaft (vergl. oben § 2). Aus jenen beiden Elementen und der Wechselwirkung derselben aufeinander ergibt sich, was für die Liquidation einer Aktiengesellschaft und die Stellung der liquidierenden Organe Rechtens ist. § 5.

2. Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes.

Die entsprechende Anwendung der Liquidationsvorschriften für die offene Handelsgesellschaft findet statt, soweit dieselben für die Aktiengesellschaft passen, insbesondere nicht aus der rechtlichen Natur und der Organisation derselben folgt, daß die Anwendung ausgeschlossen ist (RG. 7, S. 108). Die entsprechende Anwendung wird am besten an der Hand der einzelnen in Frage stehenden Artikel erläutert. § 6.

a) Die Art. 133 und 134 (Person der Liquidatoren, Ernennung und Abberufung derselben) sind ersetzt durch Art. 244, Abs. 1 (vergl. oben §§ 3 und 4).

b) Art. 135 (An- und Abmeldung der Liquidatoren, Zeichnung ihrer Unterschrift) gelangt mit der Modifikation zur Anwendung, daß die Anmeldung der Liquidation durch den Vorstand zu erfolgen hat. Diese Bestimmung kann wohl nur auf die Anmeldung der ersten Liquidatoren bezogen werden; denn mit der Anmeldung der ersten Liquidatoren zum Handelsregister endigt ja die Tätigkeit des Vorstandes als solchem, und an dessen Stelle treten die Liquidatoren (vergl. jetzt § 296, Abs. 2 d. HGB.; Lehmann II., S. 570). Der Eintritt von anderen als den ersten Liquidatoren und der Austritt von Liquidatoren ist durch die Liquidatoren, und zwar durch diejenigen von ihnen anzumelden, welche zur Zeit der Anmeldung die Liquidatoren der Gesellschaft sind (vergl. Johow 14, S. 27; Behrend, § 139, Anm. 25).

c) Art. 136 (Kollektivvertretung der Liquidatoren) erübrigt sich bei der Aktiengesellschaft, weil hier schon der Vorstand, dessen Stellung ja auf die Liquidatoren übergeht, im Zweifel nur Kollektivvollmacht hat (Art. 229, Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung können hierüber anders entscheiden. § 7.

d) Art. 137, Abs. 1, findet voll und ganz Anwendung. Er gibt den Umfang der Liquidationsvollmacht an und bezieht sich sowohl auf die Geschäftsführung wie auf die gesetzliche Vertretung. Den Liquidatoren steht

Digitized by Google

danach nicht, wie dem Vorstande, die uneingeschränkte Vertretungsbefugnis zu, sondern nur die Vertretungsbefugnis in den hier gezogenen Grenzen, und auch ihre Geschäftsführung hat sich in diesen Grenzen zu bewegen. Wegen der Erläuterung vergl. zu Art. 137. Dabei ist festzuhalten, daß auch hier Art. 137 lediglich Schranken für die Liquidatoren, nicht für die Gesellschaft selbst aufstellt. Dem Ermessen der letzteren, wie es sich durch Beschluß der Generalversammlung (bei der Aktienkommanditgesellschaft durch Übereinkunft der Komplementare und der Kommanditistengesamtheit) offenbart, ist es überlassen, andere Wege zum Zwecke der Durchführung der Liquidation einzuschlagen, z. B. die Liquidatoren zu ermächtigen, das ganze Geschäft zu verkaufen (vergl. unten § 8 g und ferner § 4 zu Art. 245).

Abs. 2 dieses Artikels kommt mit der Abweichung zur Anwendung, daß nicht ein einstimmiger Beschluß aller Aktionäre gefordert wird, sondern ein Generalversammlungsbeschluß genügt; denn Art. 137, Abs. 2, kann deshalb nicht wörtlich angewendet werden, weil er mehrere zur selbständigen Willensäußerung berufene Personen voraussetzt, während bei der Aktiengesellschaft nur ein Wille, der der Generalversammlung, maßgebend ist (RG. 3, Nr. 16; vergl. auch ROHG. 17, S. 45).[3]) Das Aktienregulativ will für den Umfang seiner Wirksamkeit diese Zweifel abschneiden und bestimmt (§ 55, Abs. 4), daß im Statute die Befugnis der Liquidatoren, Immobilien freihändig zu veräußern, an die Zustimmung der Generalversammlung zu knüpfen ist.

§ 8. e) Art. 138 (Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Liquidationsvollmacht) erledigt sich durch Art. 231.

f) Art. 139 (Abgabe der Unterschrift) ist analog anwendbar. Ein Geschäftslokal zu halten, ein solches dem Registerrichter anzuzeigen, ist der Liquidator nicht verpflichtet (Kammergericht bei Johow und Küntzel 1, S. 10).

g) Art. 140 (Omnipotenz der Gesellschafter) modifiziert sich durch die verschiedene Organisation der Aktiengesellschaft. Nicht die gesamten Gesellschafter sind es hier, deren Anweisung Folge zu leisten ist, sondern die organisierte Gesamtheit, die Generalversammlung (vergl. oben § 7d) oder ein von dieser delegiertes Organ, nicht aber der einzelne Aktionär als solcher (Art. 224, 231).

h) Art. 141 (Verteilung der entbehrlichen Gelder) greift nicht Platz, hier ist die Sonderbestimmung des Art. 245 getroffen.

i) Art. 142 findet analoge Anwendung.

§ 9. k) Der Fall des Art. 143 kann nicht eintreten, weil der inferierende Gesellschafter definitiv in Aktien abgefunden ist.

l) Art. 144, Abs. 1 und 2 erkennt den Fortbestand der Gesellschaft über die Auflösung hinaus und die Fortsetzung der bisherigen Rechtsverhältnisse sowohl der Gesellschafter untereinander als der Gesellschaft zu Dritten an und findet analoge Anwendung. Das Gleiche gilt von Abs. 3 (Zustellung an einen Liquidator). Aus der analogen Anwendung des Abs. 2 folgt, daß auch der Sitz der Gesellschaft im Liquidationsstadium nicht mehr verlegt werden kann (Johow 15, S. 35).

m) Art. 145 (Aufbewahrung der Handelsbücher und Schriften) wird ersetzt durch Art. 246.

[3]) Die Aktiennovelle vom Jahre 1884 hat dies der Klarheit wegen ausdrücklich ausgesprochen.

Digitized by Google

Zusatz 1. Das Dienstverhältnis der Liquidatoren. Wenn die Vorstands- § 10.
mitglieder Liquidatoren werden, so ändert sich hiedurch allein der Dienstvertrag nicht (RG. 24, S. 70). Näheres über den Dienstvertrag vergl. §§ 8 ff. zu Art. 227. Durch den Konkurs des Liquidators hört derselbe nicht ohne weiteres auf, Liquidator zu sein. Ob dies ein Auflösungsgrund des Dienstverhältnisses ist, ist Frage des Einzelfalles (Bolze 1, Nr. 1189).

Zusatz 2. Dritten Personen kann die Ernennung von Liquidatoren sowie § 11.
das Austreten eines Liquidators nur insofern entgegengesetzt werden, als hinsichtlich dieser Tatsachen die Voraussetzungen der Art. 25, 46, 135, Abs. 4, vorliegen.

Zusatz 3. Eine Liquidationsbilanz aufzustellen sind die Liquidatoren nach § 12.
dem Handelsgesetzbuche nicht verpflichtet (Renaud, S. 774).[4]) Während der Dauer der Liquidation besteht für die Liquidatoren die Verpflichtung zur Zusammenstellung und Vorlage der Bilanz, wie sie Art. 239 dem Vorstande auferlegt (Lehmann II., S. 578).

Artikel 245.

Das Vermögen einer aufgelösten Aktiengesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Aktionäre nach Verhältnis ihrer Aktien verteilt.

Die Verteilung darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres[1]), von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den hiezu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 243) zum drittenmale erfolgt ist.

In Ansehung der aus den Handelsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger und in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen kommen die bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Art. 202, Abs. 2 und 3) zur Anwendung.

Mitglieder des Vorstandes und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegenhandeln, sind persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet.

(Artikel 202.)

Bei der Auflösung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, welche außer dem Falle der Eröffnung des Konkurses erfolgt, darf die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter nicht eher vollzogen werden, als nach Verlauf eines Jahres, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist.

Die aus den Handelsbüchern der Gesellschaft ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger sind durch besondere Erlässe

[4]) Nach § 299 d. HGB. sind die Liquidatoren verpflichtet, zu Beginn der Liquidation eine Liquidationsbilanz aufzustellen.

[1]) Diese Frist beträgt nach der kaiserlichen Verordnung vom 21. Juni 1873, RGBl. Nr. 114, gegenwärtig **drei Monate.**

Digitized by Google

aufzufordern, sich zu melden; unterlassen sie dies, so ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich niederzulegen.

Das letztere muß auch in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen geschehen, sofern nicht die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zu deren Erledigung ausgesetzt bleibt oder den Gläubigern eine angemessene Sicherheit bestellt wird.

Einleitung. Art. 245 stellt hinsichtlich der Ausschüttung der Liquidationsmasse Schutzvorschriften zu Gunsten der Gläubiger auf (Abs. 1, 2 und 3), gestattet erst nach Beachtung dieser Vorschriften die Ausschüttung der Masse (Abs. 2) und setzt eine Haftung derjenigen fest, die den angeführten Vorschriften zuwiderhandeln (Abs. 4).

§ 1. 1. (Abs. 1, 2 und 3.) **Die Schutzvorschriften zu Gunsten der Gläubiger.** Es ist schon im § 1 zu Art. 244 betont worden, daß die Liquidationsvorschriften bei der Aktiengesellschaft insoweit öffentlichen Rechtes sind, als sie das Interesse der Gläubiger zum Gegenstande haben. Hier bei der Aktiengesellschaft kann nicht, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, das vorhandene Gesellschaftsvermögen kurzerhand aus der Welt geschafft, veräußert, verteilt werden. Es muß vielmehr zunächst den Gläubigern Gelegenheit gegeben werden, sich zu melden, und auch sonst alles getan werden, um ihr Interesse zu schützen. Die Bestimmung dieses Artikels findet auch auf die inländische Repräsentanz einer ausländischen Aktiengesellschaft Anwendung (AdlCl. 2185).

a) Zunächst erfolgt die Publikation der Auflösung und die daran geknüpfte Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden, nach Art. 243.

b) (Abs. 2.) Alsdann muß mit der Ausschüttung des Vermögens jedenfalls drei Monate lang gewartet werden. Unter Verteilung ist nach Wieners (GZ. 27, S. 343) zutreffender Erläuterung jede Handlung zu verstehen, durch die das Gesellschaftsvermögen seinem Zwecke entfremdet wird, als Sondermasse der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu dienen. Unter Verteilung fällt daher neben der unmittelbaren Verteilung der Gesellschaftsaktiven unter die Aktionäre auch die Verteilung des Liquidationserlöses, die Verteilung des für die Veräußerung des Vermögens im ganzen erzielten Kaufpreises und auch die Überlassung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft an eine andere Vereinigung zum Zwecke der Grundkapitalsbildung (Wiener a. a. O., S. 345). Keine Verteilung liegt in der Sendung von Bestandteilen des im Inlande befindlichen Vermögens einer ausländischen Aktiengesellschaft an die Hauptniederlassung im Auslande (AdlCl. 2185). Die hier normierte Frist ist das gesetzliche Spatium für die Gläubiger, um ihre Rechte wahrzunehmen. Eine Ausschüttung vor dieser Zeit wäre ungesetzlich und verpflichtete die Gesellschaftsorgane zum Schadenersatz nach Abs. 4 (RG. 7, S. 105). In Ansehung der Gläubiger ist aber diese Sperrfrist keine Präklusivfrist. Wenn sie sich später melden und noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, so müssen sie befriedigt werden. Für die Klage des Gläubigers ist die Frage, ob Gesellschaftsvermögen vorhanden, überhaupt nicht erheblich (Behrend, § 140), sondern nur für die Exekution. Dem öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Vor-

Digitized by Google

schriften entspricht es denn auch, daß durch Vertrag der Frist die Wirkung der Präklusion nicht verliehen werden kann (Reichsgerichtsurteil vom 24. Februar 1886, Juristische Wochenschrift 1886, S. 119). Die Sperrfrist beginnt mit der letzten Publikation (Behrend, § 140).

c) Eine weitere kumulativ angeordnete Vorbedingung der Vermögensausschüttung ist die Berücksichtigung der Gläubiger. § 2.

An sich bewirkt nämlich die Liquidation keine Veränderung der Gläubigerrechte: weder werden längere Verträge einem vorzeitigen Ende zugeführt, noch befristete Forderungen fällig, außer wenn das produktive Fortbestehen der Gesellschaft bei Eingehung des Vertragsverhältnisses allseitig vorausgesetzt wurde (ROHG. 24, S. 245; RG. 5, S. 7; 9, S. 14); noch liegt an sich ein Arrestgrund vor, sondern höchstens bei Verletzung der Schutzvorschriften (ROHG. 23, S. 150). Die Schutzvorschriften aber sind:

α) Die bekannten Gläubiger sind durch besonderen Erlaß aufzufordern, sich zu melden. § 3. Eine allgemeine Aufforderung würde daher nicht genügen. Soweit die Namen bekannt sind, muß vielmehr eine besondere Mitteilung an den einzelnen Gläubiger ergehen. Unterlassung der Publikationen hat zivilrechtliche Ansprüche (vergl. § 4) zur Folge.

β) Wer sich innerhalb der Sperrfrist meldet und eine fällige, unbedingte unstreitige Forderung hat, muß befriedigt werden. Die Schuld wird aber nicht etwa aus einer Bringschuld eine Holschuld (Behrend, § 140), auch ist der Eintritt der Gesellschaft in die Liquidation an sich kein Hinterlegungsgrund, wenn nicht etwa ein Fall zu δ vorliegt. Über spätere Meldungen vergl. § 1.

γ) Meldet sich ein Gläubiger nicht, und ist seine Forderung liquid, so wird der Betrag hinterlegt.

δ) Ist die Forderung befristet, bedingt oder streitig, so wird entweder die Ausschüttung ausgesetzt oder aber es wird der Betrag der Forderung hinterlegt oder eine angemessene Sicherheit bestellt. Die Wahl haben die Liquidatoren. Der Anspruch der Gläubiger auf Hinterlegung oder Sicherstellung oder Aussetzung der Verteilung ist mittels Klage geltend zu machen; es ist kein Grund abzusehen, aus welchem über diesen Anspruch im offiziosen Wege entschieden werden soll (vergl. Pisko, GH. 1900, Nr. 38; a. M. Randa II., S. 246). Die konstante Praxis des Obersten Gerichtshofes steht allerdings auf dem entgegengesetzten Standpunkte (AdlCl. 386 [eingetragen ins Spruchrepertorium Nr. 14], 640, 668, 1057, 1389, 2185, 2359). Der Anspruch, der in Art. 202 und 245 den Gläubigern gewährt ist, ist auch kein Anspruch auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (dies gegen AdlCl. 620 und Canstein I., S. 593, Note 28); ob in den Fällen der Art. 202 und 245, abgesehen von den dort gewährten Sicherungsmitteln, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bewilligt werden kann, richtet sich nach den Vorschriften der Exekutionsordnung (Pisko a. a. O.; Behrend, S. 931). Das Klagebegehren ist alternativ zu richten auf Verurteilung der Gesellschaft, den Betrag der Forderung zu hinterlegen oder die vom Richter nach seinem Ermessen zu bestimmende Sicherheit zu leisten oder mit der Verteilung des Vermögens innezuhalten. Das Klagerecht ist gegeben mit der Auflösung der Gesellschaft, nicht erst in dem Zeit-

Digitized by Google

punkte, in dem die Verteilung des Vermögens in Aussicht genommen ist oder bereits begonnen wurde (dagegen AdlCl. 638 und Behrend a. a. O., in unserem Sinne Gründe bei AdlCl. 2185). Liegt keiner der erwähnten Umstände vor und hat die Gesellschaft im Prozesse ihre Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit oder Aussetzung der Verteilung nicht bestritten, so kann dies allerdings einen Einfluß auf die Kostenersatzpflicht ausüben (vergl. § 45 ZPO.). Der Gesellschaft ist im Urteile aufzutragen, entweder mit der Verteilung des Vermögens auszusetzen, oder die vom Gerichte bestimmte Sicherheit (Hinterlegung oder anderweitige Sicherheit) zu leisten (AdlCl. 2359; in diesem Sinne auch AdlCl. 709, 1057, 2185). Für die Exekution auf Grund eines solchen Urteiles ist § 12 EO. maßgebend. Daß der Gläubiger bereits eine Sicherheit besitzt, wie z. B. bei Hypothekenforderungen, befreit von der Stellung der Sicherheit dann nicht, wenn die bestehende nicht genügt. Denn die bestehende Sicherheit hat die Existenz der Gesellschaft und ihr normales Leben zur Voraussetzung. Ob sie beim Absterben der Gesellschaft und der bevorstehenden Ausschüttung noch angemessen ist, ist eine andere Frage. Anders bei rein dinglichen Verpflichtungen, wie bei Hypotheken auf Gesellschaftsgrundstücken ohne gleichzeitige persönliche Haftung der Gesellschaft. Hier kann eine verstärkte Sicherheit nicht gefordert werden. Welche Sicherheit angemessen ist, bestimmt der Richter. Der Erlag von Wertpapieren im Betrage des Deckungskapitales einer Rente bei einer Bank wurde bei AdlCl. 2359 als keine genügende Sicherstellung für die betreffende Rentenforderung erklärt. Dagegen wurde der Erwerb einer Leibrentenversicherung bei einer Versicherungsanstalt zu Gunsten des Rentenberechtigten als eine genügende Sicherstellung für dessen Rentenforderung angesehen (AdlCl. 2374).

§ 4. 2. (Abs. 4.) **Für die Erfüllung dieser Vorschriften haften** die Liquidatoren und Mitglieder des Vorstandes nach Art. 241 (RG. 7, S. 105). Die Mitglieder des Vorstandes sind hier neben den Liquidatoren erwähnt, um den Fall zu treffen, daß der Vorstand ohne oder vor Bestellung von Liquidatoren die Vermögensverteilung vornimmt (Hahn, 3. Aufl., § 4 zu Art. 245). Insbesondere haften sie dafür, daß die Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden und keiner bevorzugt wird (RG. 7, S. 106; dagegen Behrend, § 140). Keineswegs haben die in dieser Beziehung etwa benachteiligten Gläubiger ein Rückgriffsrecht gegen die bevorzugten (vergl. RG. 5, S. 7; 7, S. 109; 9, S. 14). Näheres siehe bei § 7 zu Art. 241.

§ 5. 3. **Erst nach Erfüllung dieser Schutzvorschriften darf die Ausschüttung erfolgen** (sc. an die Aktionäre, die Auszahlung von Tantiemen ist durch Art. 245 nicht beschränkt). Erfolgt sie früher, so haben die benachteiligten Gläubiger ein Regreßrecht gemäß Art. 4, ob auch gegen die Aktionäre, darüber vergl. den Zusatz 2.

Sind aber die Vorschriften erfüllt, dann kann die Ausschüttung erfolgen. Das Gesetz spricht speziell von Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Insoweit aber ist die Vorschrift nicht zwingenden Rechtes. Sie ist es nur, soweit das Interesse Dritter berührt wird (vergl. oben § 1). **Wie aber die Ausschüttung des gemeinsamen Vermögens erfolgen soll**, das ist interne Sache der Aktionäre. Hier greifen folgende Gesichtspunkte Platz: Es steht zwar den Aktionären frei,

Digitized by Google

eine andere Art der Ausschüttung als die Verteilung anzuordnen, und wenn das Statut eine andere Ausschüttungsart, etwa durch Zuwendung an eine wohltätige Anstalt oder an eine bestimmte Person, etwa gegen eine Gegenleistung, bestimmt, so ist dies gültig (RG. 7, S. 70). Aber der im Statute einmal festgesetzte Anspruch auf die Liquidationsrate ist ein unentziehbarer Anspruch des Aktionärs, ein sogenanntes Sonderrecht, desselben, und kann daher durch einen nachträglichen Generalversammlungsbeschluß, selbst in Form einer Statutenänderung, nicht beseitigt werden (Lehmann in Kohler und Rings Archiv, Bd. 9, S. 370; Felix Mayer, GZ. 1900, S. 401). Bestimmen die Statuten nichts über die Verteilung, so ist gemeint, daß die Versilberung und die Verteilung in Geld erfolgen soll, und es ist dann dieser Anspruch unentziehbar. Die Generalversammlung kann auch Naturalteilung beschließen; Zustimmung aller Aktionäre ist hiezu nicht erforderlich, nur darf durch die Teilung das Recht des Aktionärs auf die verhältnismäßige Liquidationsrate nicht verletzt werden (Behrend, § 140, Anm. 4; Fuld, Naturalteilung von Aktien bei Liquidation bei Holdheim 14, S. 41). Zulässig ist es, durch Generalversammlungsbeschluß die Liquidatoren zu beauftragen, das ganze Geschäft gegen Entgelt zu veräußern. Das ist nur eine besondere Art der Vermögensversilberung, deren Bestimmung der Generalversammlung freisteht (vergl. Wiener in GZ. 27, S. 352 und Lehmann II., S. 579), ein Verwaltungsbeschluß, der in seinen wirtschaftlichen Folgen auf die Gestaltung der Liquidationsquote allerdings von Einfluß ist, nicht aber eine Entziehung des Anspruches auf die Liquidationsrate bedeutet. Solche Modalitäten kommen bei den sogenannten Verstaatlichungen vor. (Vergl. über diese Zusatz 1 zu Art. 247.) Weil das Recht auf die Liquidationsrate ein unentziehbares, ein Sonderrecht ist, kann ferner hier, wie beim Dividendenanspruche, zwar durch ursprüngliches Statut, nicht aber durch nachträglichen Statutenänderungsbeschluß festgesetzt werden, daß die innerhalb gewisser Zeit nicht erhobenen Liquidationsnoten zu Gunsten der Gesellschaft verfallen. Das Urteil des Reichsgerichtes (Bd. 7, S. 32) läßt zwar auch die Festsetzung einer solchen Präklusivfrist durch nachträglichen Statutenänderungsbeschluß zu, doch ist das unzutreffend (vergl. Ring, S. 677; Petersen und Pechmann, S. 581; Lehmann II., S. 590; F. Mayer in GZ. 1900, S. 401). Jedenfalls gilt die Sperrfrist nicht bloß für die Verteilung, sondern für jede Art der Ausschüttung.

Erfolgt die Ausschüttung durch Verteilung, so geschieht dies nach Verhältnis der Aktien. Auch dies ist nicht zwingenden Rechtes. Die Statuten können hier Vorzugsrechte schaffen, können auch anordnen, daß bei nicht voll eingezahlten Aktien nicht der Nominalbetrag, sondern der eingezahlte Betrag entscheidet (Petersen und Pechmann, S. 584). Mangels statutarischer Anordnung aber entscheidet der Nominalbetrag; statutarische Vorzugsrechte hinsichtlich der Gewinnverteilung beziehen sich nicht ohne weiteres auf die Kapitalsverteilung (RG. 33, S. 16; anders ROHG. bei Busch 34, S. 372), nur kann natürlich in solchem Falle die Gesellschaft mit der restierenden Einlage kompensieren.

Wie die Verteilung zu erfolgen hat, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Insbesondere ist eine Aufforderung an die Aktionäre, sich zu

Digitized by Google

melden, nicht angeordnet. Sie kann aber statutarisch oder auch durch Generalversammlungsbeschluß angeordnet werden. Andernfalls hat sie zu erfolgen, wenn dies Treu und Glauben im Geschäftsverkehre erfordern. Die Folge nicht erfolgter Erhebung ist Hinterlegung des Betrages; wird auch der hinterlegte Betrag nicht abgehoben, so wird er nach Ablauf der Verjährung herrenlos. Die Verjährung ist die 30jährige. In welcher Weise auch eine kürzere Präkluswfrist angeordnet werden kann, ist schon oben gesagt.

Der Liquidator kann nicht, wie das häufig in der Praxis geschieht, verlangen, daß ihm gegen Auszahlung der letzten Liquidationsrate die Aktie ausgehändigt wird, er kann nur Vorlegung der Aktie verlangen und dieselbe mit einem bezüglichen Vermerk versehen. Die Aktienurkunde gehört nach wie vor dem Aktionär und es bedarf derselben unter Umständen auch noch nachher sehr dringend (vergl. den folgenden Absatz, ferner unten §§ 6 ff.; ferner Art. 246).

Der rechtliche Charakter des Liquidationsanspruches ist ein obligatorischer. Vermag der Aktionär nachzuweisen, daß nach Berücksichtigung der Gläubiger verteilbarer Bestand vorhanden ist, so ist er zur Klage berechtigt. Freilich wird ihm jener Nachweis nicht leicht werden. Denn die Liquidatoren sind nicht jedem einzelnen Einzelaktionär zur Vorlegung der Rechnung verpflichtet (Art. 224), sondern nur der Generalversammlung, aber auch dieser nicht ohne weiteres zur Vorlegung des Teilungsplanes, etwa einer Verteilungsbilanz, sondern nur der jährlichen Bilanz (vergl. Behrend, § 140; Reichsgericht vom 6. Februar 1885 in der Jur. Wochenschrift 1885, S. 128; vergl. auch RG. 34, S. 57). Über die Legung der Schlußrechnung nach beendigter Liquidation ist im Gesetze nichts ausgesprochen. Die Aktionäre können die Legung einer Schlußrechnung in einer hiezu einzuberufenden Generalversammlung durch Anträge aus Art. 237 erreichen. Auch der Aufsichtsrat kann in dieser Weise tätig sein. Gelingt dem Aktionär aber der Nachweis vorhandenen Bestandes, so ist er zur Klage legitimiert, weil ein obligatorischer Anspruch vorliegt. In dieser Hinsicht ist das Urteil des ROHG. 3, S. 336 zutreffend, nicht aber soweit es ausspricht, daß der einzelne Aktionär einen Anspruch auf Nachweis des Liquidationsstandes hat.

§ 6. Zusatz 1. Es ist in der Praxis vorgekommen, daß lange Zeit nach Beendigung der Liquidation sich Gegenstände vorgefunden haben, welche zum Vermögen der Gesellschaft gehörten und verteilungsfähig waren, oder Vermögensgegenstände, auf welche eine dritte Person einen speziellen Anspruch hatte. Es fragt sich, wie in solchem Falle zu helfen ist. Die Aktionäre können sich leicht helfen durch Art. 237. Die Gläubiger aber haben einen Anspruch auf Ernennung eines Kurators nach Maßgabe des § 8 ZPO. Daß die Beendigung der Liquidation und das Erlöschen der Firma einzutragen ist (§ 8), ändert an der verteidigten Möglichkeit, auch noch nachträglich Gläubiger- und Aktionärrechte geltend zu machen, nichts. Denn die Eintragung der Liquidationsbeendigung beurkundet nur einen Zustand, der als vorhanden angenommen wird, schafft keinen, wenn er in Wahrheit nicht vorhanden ist. Das Erlöschen der Firma aber bedeutet nicht das Erlöschen der juristischen Persönlichkeit, solange ihr vermögensrechtliches Substrat, Gesellschaftsvermögen, und ihr personenrechtliches Substrat, anteilsberechtigte Mitglieder, in Wahrheit vorhanden sind (zust. Behrend, § 140 a. E.).

Digitized by Google

Zusatz 2. Sind die Aktionäre zur Rückzahlung an die Gläubiger verpflichtet, wenn an sie Gesellschaftsvermögen verteilt worden ist, ohne daß alle Gläubiger voll befriedigt waren? Die Frage ist, obgleich Art. 198 nicht anwendbar ist, zu bejahen, und zwar aus dem Gesichtspunkte der rechtlosen Bereicherung, insbesondere wird § 1041 ABGB. zur Anwendung gelangen (vergl. Krainz-Ehrenzweig, § 82 a. E.). Denn der Aktionär hat nicht einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage, sondern auf die Liquidationsrate. Diese aber besteht in dem, was nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleibt. Was er darüber hinaus erhält, dadurch ist er auf Kosten des Gläubigers rechtlos bereichert (ebenso Förtsch, Anm. 8; im Ergebnis auch Ring, Anm. 1). Guter Glaube schützt den Aktionär hier nicht, Art. 218 ist nicht anwendbar, da er nur von Zinsen und Gewinnen spricht (Behrend, § 140; vergl. Lehmann II., S. 587). Auf Genußscheininhaber, denen ein Recht auf eine Liquidationsquote zusteht, findet das ebenfalls Anwendung (Behrend, § 140, Anm. 37). Im übrigen vergl. über Genußscheine 2. Exkurs zu Art. 248. **§ 7.**

Zusatz 3. Daß die mit Beendigung der Liquidation erlöschende Firma abzumelden ist, schreibt das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Die Verpflichtung zum Ansuchen um Löschung der Firma ergibt sich aber bereits aus Art. 25. § 302, Abs. 1 d. HGB. und § 93, Abs. 1 GmbHG. enthalten eine solche Vorschrift; vergl. Ring, Anm. 5; Petersen und Pechmann, S. 585; Esser, § 1 zu Art. 244; Behrend, § 140; Förtsch, Anm. 9; Canstein I., S. 605). Auch in der österreichischen Praxis wird stets die Ansicht vertreten, daß der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft nach beendigter Liquidation die Anmeldung der Löschung der Liquidationsfirma zu folgen habe (AdlEl. 1389, 990; in dem letztgenannten Erkenntnisse ist auch ausgesprochen, daß dem Registergerichte keine meritorische Prüfung des Liquidationsgeschäftes obliegt). Der Umstand, daß man mit Sicherheit nicht wissen kann, ob wirklich alles Vermögen der Aktiengesellschaft ausgeschüttet ist, steht diesen Ausführungen nicht entgegen. Es genügt, daß dies nach menschlichem Ermessen der Fall ist. Wenn sich gleichwohl nachträglich Vermögen finden sollte, so ist dies ein Ausnahmsfall, durch welchen man sich von der Anwendung der Rechtsregeln nicht abhalten lassen darf. Übrigens läßt das Recht auch in diesem Ausnahmsfall nicht im Stiche (vergl. den Zusatz 1). **§ 8.**

Artikel 246.

Die Handelsbücher der aufgelösten Gesellschaft sind an einem von dem Handelsgerichte zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren niederzulegen.

Literatur: Delius, Die Aufbewahrung, Einsichtnahme und Benützung der Handelsbücher nach Auflösung der Gesellschaft, GZ. 46, S. 48 ff.

1. **Die Aufbewahrung der Handlungsbücher** erfolgt an einem stets vom Handelsgerichte zu bestimmenden sicheren Orte. Die Verfügung des Handelsgerichtes nachzusuchen, **ist Sache der Liquidatoren**, welche dafür auf Grund der allgemeinen Verantwortlichkeit des Art. 241 haften (a. M. Delius, S. 56). Durch Ordnungsstrafen kann diese Pflicht nicht erzwungen werden. Die Verfügung des Gerichtes erfolgt im außerstreitigen Verfahren; denn es findet überhaupt keine Entscheidung statt, sondern der Richter übt einen **§ 1.**

Digitized by Google

Akt der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens aus (vergl. Pisko, GH. 1900, Nr. 38). Zuständig ist das Handelsgericht oder der Handelssenat des Kreis- oder Landesgerichtes, in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat (Pisko a. a. O.). Zu den Handelsbüchern im Sinne dieses Artikels gehören nicht bloß die Handelsbücher im engeren Sinne, sondern auch die Handelsbriefe und die sonstigen Schriften, Inventuren und Bilanzen (Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884, S. 373), auch das Aktienbuch (Ring, Anm. 1; Petersen und Pechmann, S. 587).

Die Kosten der Aufbewahrung trägt die Gesellschaft. Ein entsprechender Betrag ist daher bei der Verteilung zu reservieren (P. 367).

Die Vorschrift bezieht sich auf die bei Beendigung der Liquidation (nicht, wie Ring, Anm. 1 will, auf die zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft) vorhandenen Bücher (anscheinend ebenso Renaud, S. 759). Diese müssen ausnahmsweise zehn Jahre vom Tage der Liquidationsbeendigung aufbewahrt werden, während sonst nach Art. 33 HGB. die zehnjährige Aufbewahrungsfrist an anderen Zeitpunkten beginnt (Tag des Empfanges bei Briefen, der Aufstellung bei Inventuren, der letzten Eintragung bei Büchern).

§ 2. 2. **Über die Benutzung der aufbewahrten Bücher durch die Interessenten** enthält das Gesetz keine Bestimmung, setzt insbesondere kein unbedingtes Recht der Aktionäre auf Einsicht fest. Die Verschiedenheit der hier bestehenden Verhältnisse, die große Anzahl der Mitglieder der Aktiengesellschaft und deren häufiger Wechsel macht eine analoge Anwendung des Art. 145, Abs. 2 und des § 93, Abs. 4 GmbHG. unzulässig (a. M. Pollitzer, S. 288; Canstein I., S. 601). Auch würde die jedem Aktionär gewährte Befugnis, nach Belieben in die Bücher und Schriften der aufgelösten Gesellschaft Einsicht zu nehmen, die Interessen derjenigen Personen, die mit der aufgelösten Aktiengesellschaft in geschäftlicher Verbindung gestanden sind, erheblich gefährden (Motive zum Aktiengesetz vom Jahre 1884 a. a. O. und die dort angeführte Literatur). Mangels einer besonderen Bestimmung des Gesetzes muß vielmehr angenommen werden, daß der Richter wie in Ansehung der Registratursakten nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, ob und wem er infolge eines geltend gemachten Interesses Einsicht in die Bücher und Schriften der aufgelösten Aktiengesellschaft gewährt (§ 28, Abs. 2 EinfG. zum HGB.; § 288 GeschO.).[1])

Artikel 247.

Die Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung derselben mit einer anderen Aktiengesellschaft (Art. 215) kann nur unter staatlicher Genehmigung erfolgen.

Es kommen bei dieser Auflösung folgende Bestimmungen zur Anwendung:

1. Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist solange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist.

[1]) Nach § 302, Abs. 3, d. HGB. kann der Richter (nach seinem Ermessen) die Aktionäre und Gläubiger der aufgelösten Aktiengesellschaft zur Einsicht in die Bücher und Papiere ermächtigen. Ebenso § 93, Abs. 4, GmbHG. bezüglich der Gesellschaftsgläubiger.

Digitized by Google

2. Der bisherige Gerichtsstand der Gesellschaft bleibt für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen; dagegen wird die Verwaltung von der anderen Gesellschaft geführt.
3. Der Vorstand der letzteren Gesellschaft ist den Gläubigern für die Ausführung der getrennten Verwaltung persönlich und solidarisch verantwortlich.
4. Die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister bei Ordnungsstrafe anzumelden.
5. Die öffentliche Aufforderung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft (Art. 243) kann unterlassen oder auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden. Jedoch ist die Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erst in dem Zeitpunkte zulässig, in welchem eine Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Aktiengesellschaft unter die Aktionäre erfolgen darf (Art. 245).

Einleitung.

Der Artikel handelt von der Fusion, und zwar lediglich in der Weise, daß er das Erfordernis der staatlichen Genehmigung für den bezüglichen Beschluß festsetzt und Schutzvorschriften für die Gläubiger gibt. Die Erläuterung des Artikels erfordert aber, daß darüber hinaus das Wesen der Fusion und der Hergang derselben erörtert wird.

I. **Allgemeines über die Fusion.**

§ 1. 1. **Begriff und Folge der Fusion.** (Literatur hiefür besonders: Wiener in GZ. 27, S. 365; RG. 9, S. 11 ff.) Fusion liegt vor, wenn eine Aktiengesellschaft ihr gesamtes Vermögen, Aktiva und Passiva, auf eine andere Gesellschaft überträgt, wogegen diese die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft zu ihren eigenen Mitgliedern macht, mit anderen Worten: Fusion ist Übertragung des Vermögens und der Schulden einer Aktiengesellschaft an eine andere gegen Gewährung von Aktien dieser letzteren (Art. 215, Abs. 2).

Die Folge einer solchen Übertragung und Übernahme ist, daß die übertragende Gesellschaft ihr vermögensrechtliches Substrat und damit ihre rechtliche Existenz verliert. Es liegt also mehr vor, als was das Gesetz nur Auflösung nennt, nämlich wirkliche Auflösung oder Untergang der übertragenden Gesellschaft. Für eine Liquidation ist kein Raum. Die Aktiva gehen auf die aufnehmende Gesellschaft über, werden Eigentum derselben. Die Schulden gehen gleichfalls auf die aufnehmende Gesellschaft über, welche nunmehr allein wegen derselben anzugehen ist (vergl. die oben zitierte Literatur, insbesondere RG. 9, S. 17). Über weitere begriffliche Fragen (Wann wird der Fusionsvertrag perfekt? Auf welche Art erfolgt die Übertragung des Vermögens? Liegt Universalsukzession vor?) siehe unten § 6.

Diese Rechtsfolgen bergen für die Gläubiger der untergehenden Gesellschaft Gefahren in sich, denen durch die Schutzvorschriften dieses Artikels vorgebeugt wird. Dieselben werden zu II erörtert. Hier soll zunächst an der Hand der aufgestellten Begriffsbestimmungen die Fusion von ähnlichen Rechtserscheinungen unterschieden werden:

§ 2. a) Die Übertragung muß an eine andere Aktiengesellschaft erfolgen, und zwar eine inländische (OLG. f. Bayern in SeuffA. 62, Nr. 65). Jedoch ergibt sich aus § 96 GmbHG., der den Art. 247 auch auf

Digitized by Google

den Fall der Übernahme des Vermögens einer Gesellschaft m. b. H. durch eine Aktiengesellschaft für anwendbar erklärt, daß auch umgekehrt auf die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft an eine Gesellschaft m. b. H. gegen Gewährung von Geschäftsanteilen der letzteren Art. 247 anwendbar ist. Die Übertragung an eine Gesellschaft anderer Art, und sei es auch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, oder an eine andere Person, ist keine Fusion (Bolze 6, Nr. 644). Auch die Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer offenen Handelsgesellschaft ist nicht möglich; es liegt in solchem Falle Verkauf des Geschäftes einerseits, Erhöhung des Grundkapitals andrerseits vor (dies gegen Hergenhahn bei Kohler und Ring, Bd. 9, S. 46). Über Verstaatlichung von Aktiengesellschaften vergl. unten Zusatz 1.

§ 3. b) Eine Übertragung des Vermögens muß erfolgen. Keine Fusion liegt vor, wenn die beiderseitigen Unternehmungen gemeinsam betrieben werden, beide Gesellschaften aber unter ihrer Firma bestehen bleiben und die Erträgnisse unter vereinbarten Quoten unter sich teilen (Renaud, 2. Aufl., S. 806, Anm. 17).

§ 4. c) Die aufnehmende Gesellschaft muß die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft zu ihren eigenen machen. Mit anderen Worten: Abfindung der Aktionäre durch Aktien der aufnehmenden Gesellschaft muß vereinbart werden. Ist Geldabfindung vereinbart, so liegt nicht Fusion, sondern einfache Auflösung mit der Folge der Liquidation vor (Wiener in GZ. 27, S. 382; Randa II., S. 232). Dagegen hat die Judikatur angenommen, daß, wenn den Aktionären der übertragenden Gesellschaft das Wahlrecht zwischen Geld- und Aktienabfindung eingeräumt und die Absicht auf wirkliche Fusion gerichtet war, Fusion vorliegt, falls alle Aktionäre die Aktien der aufnehmenden Gesellschaft gewählt haben (RG. 9, S. 19, 20; vergl. auch ROHG. 14, S. 361; ebenso Behrend, § 141, Anm. 2). Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Zum Wesen der Fusion gehört die Verwandlung sämtlicher Mitgliedschaften der übertragenden in Mitgliedschaften der aufnehmenden Gesellschaft. Nur ein Beschluß, der lediglich diesen Erfolg erzielen will und kann, ist ein Fusionsbeschluß. Beschließt die Generalversammlung ein Wahlrecht zwischen Geld- und Aktienabfindung, so gilt dieses als gewollt. Nur der in dem Beschlusse zu Tage tretende Wille der Gesamtheit kommt in Betracht, nicht versteckte Nebenabsichten, Hoffnungen und Wünsche, die überdies nicht kontrollierbar sind und sich nicht notwendig zu verwirklichen brauchen. Auch daß im Erfolge nur von der Alternative des Aktienumtausches Gebrauch gemacht ist, ändert hieran nichts. Denn der Umtausch der Aktien ist ein Rechtsvorgang wesentlich verschiedener Art und von wesentlich verschiedener Wirkung, je nachdem er in Ausführung eines wirklichen Fusionsbeschlusses oder in Ausführung eines Wahlrechtsbeschlusses bewirkt wird. Beim wirklichen Fusionsbeschlusse geht mit der Ausführung des Fusionsvertrages die übertragende Gesellschaft unter, es erlöschen ihre Mitgliedschaften, die Aktienurkunden sind nur noch eine Legitimation dafür, daß ihre Inhaber Aktionäre gewesen sind und nur deshalb ein Recht auf Aushändigung von Aktien der aufnehmenden Gesellschaft in Gemäßheit des Fusionsvertrages haben. Beim Wahlrechtsbeschlusse dagegen bestehen die Mitgliedschaften zunächst weiter. Daß uno actu alle untergehen und sich in Mitgliedschaften der aufnehmenden Gesellschaft umwandeln, davon kann keine Rede sein.

Digitized by Google

Denn die Aktionäre haben ja das Wahlrecht und niemand weiß, ob der Umtausch durchweg gewählt werden wird. Wer den Umtausch wählt, tauscht nicht zum Ersatze für sein untergegangenes Mitgliedsrecht ein bestehendes ein, sondern ein an der übertragenden Gesellschaft bestehendes gegen ein an der aufnehmenden Gesellschaft bestehendes. Mit jedem Umtausch erwirbt die aufnehmende Gesellschaft eine Mitgliedschaft der übertragenden, aber fortbestehenden Gesellschaft; und wenn durchweg der Umtausch gewählt wird, so erwirbt sie alle Mitgliedschaften der übertragenden Gesellschaft und wird ihr einziger Aktionär. Eine Fusion aber, ein Untergang der alten Gesellschaft und ihrer Mitglieder tritt nicht ein. Vielmehr liegt Auflösung und Liquidation vor, deren Vorschriften beobachtet werden müssen.

Am besten wird die Transaktion in der Weise gemacht, daß die Liquidation beschlossen wird, die Liquidatoren beauftragt werden, das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf die andere Gesellschaft zu übertragen, und gleichzeitig durch einen Vertrag für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft das Recht des Aktienumtausches stipuliert wird.

d) Eine Aktiengesellschaft muß die andere **aufnehmen**. Wollen zwei Gesellschaften ihre beiden Vermögensmassen aufgeben und auf eine dritte übertragen, so muß zunächst diese dritte gegründet werden. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften dieses Artikels ohne Beachtung der Gründungsvorschriften ist nicht gestattet, wie Ring (Anm. 1) gegen die herrschende Meinung mit Recht ausführt. Die Gründungsvorschriften sind absoluter Natur und gestatten nur ausdrückliche Ausnahmen (zust. Behrend, § 141, Anm. 2). **§ 5.**

2. **Der Hergang der Fusion.** Das Gesetz behandelt die Fusion nur sehr summarisch. Es erwähnt im Art. 215, Abs. 2 nur die Erfordernisse des Vereinigungsbeschlusses, der auf Seiten der übertragenden Gesellschaft gefaßt wird, und setzt im ersten Absatze des vorliegenden Artikels das Erfordernis der staatlichen Genehmigung für die Gültigkeit dieses Beschlusses fest, das ist alles. Im vorliegenden Artikel werden nur Schutzvorschriften für die Gläubiger gegeben, deren Beobachtung die Fusion als vollendet voraussetzt. **§ 6.**

Zur Veranschaulichung dürfte es dienen, den Hergang der Fusion zu zergliedern.

Zunächst verständigen sich die Vorstände, beziehungsweise Aufsichtsräte der beiden Aktiengesellschaften über die Bedingungen der Vereinigung. Sie nennen zwar diese Verständigung gewöhnlich den Fusionsvertrag. Aber die bindende Kraft eines Vertrages hat diese Verständigung in Wahrheit nicht. Denn sie zielt ab auf der einen Seite auf die Auflösung durch Übertragung des Vermögens, welche wirksam nur durch einen einstimmigen Beschluß der Generalversammlung und — wenn dieser Beschluß eine Statutenänderung enthält — hinzukommender Eintragung beschlossen werden kann (Art. 214, Abs. 3), und auf der anderen Seite auf Kreierung neuer Mitgliedschaften, also auf eine Erhöhung des Grundkapitals, was gleichfalls einen Generalversammlungsbeschluß und Eintragung des Beschlusses voraussetzt (Lehmann II., S. 528; vergl. § 3 im 1. Exkurse zu Art. 215). Immerhin kann ohne vorbereitendes Abkommen naturgemäß nichts geschehen, da es für keine der beiden Gesellschaften einen Sinn hätte, auf Fusion hinzielende Beschlüsse zu fassen, ohne eine gewisse Aussicht dafür zu haben, daß die Gegenseite die Fusion zu vollziehen bereit ist.

Digitized by Google

Nach erfolgter Verständigung der Verwaltungsorgane fassen die beiden Generalversammlungen die erforderlichen Beschlüsse. Die aufzulösende Gesellschaft faßt den Fusionsbeschluß nach Art. 215, Abs. 2, die aufnehmende Gesellschaft einen Kapitalserhöhungsbeschluß.[1]) Der Fusionsbeschluß insbesondere setzt zugleich in Gemäßheit des vorläufigen Abkommens fest, in welchem Verhältnisse die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft bei der aufnehmenden Gesellschaft beteiligt werden sollen. Es ist durchaus nicht erforderlich, daß auf jede Aktie der untergehenden eine Aktie von gleichem Nennwerte der aufnehmenden entfällt. Nur muß nach unserer Ansicht das Beteiligungsverhältnis so normiert sein, daß kein Aktionär der übertragenden Gesellschaft nötig hat, Aufwendungen zu machen, um Mitglied der aufnehmenden Gesellschaft zu werden. Der Erhöhungsbeschluß kann keine Angabe des Mindestkurses enthalten, weil ja die Gewährung der Aktien gegen ein ganz bestimmtes Gesamtäquivalent erfolgen soll. Der Beschluß der aufnehmenden Gesellschaft bedarf zu seiner Gültigkeit der Eintragung. Unter Umständen, aber nicht immer muß auch der Beschluß der auflösenden Gesellschaft eingetragen sein, um gültig zu sein (§ 1 zu Art. 243).

Alsdann wird der eigentliche Fusionsvertrag geschlossen. Den Vertrag schließen die Vorstände der beiden Aktiengesellschaften, als die gesetzlichen Vertreter derselben, gewöhnlich in der Weise, daß sie das vorläufige Abkommen definitiv bestätigen.[2])

Der rechtliche Inhalt des Fusionsvertrages geht dahin: es wird vereinbart, daß das gesamte Vermögen (Aktiva und Passiva) der übertragenden Gesellschaft auf die aufnehmende Gesellschaft übergehen soll, sobald letztere die Mitglieder der übertragenden als Mitglieder aufnimmt.

Nach Abschluß dieses Vertrages führen die Organe der aufnehmenden Gesellschaft die von dieser beschlossene Kapitalserhöhung durch. Durch Anmeldung und Eintragung der stattgefundenen Kapitalserhöhung (vergl. § 3 im Exkurse 1 zu Art. 215) ist die Fusion vollzogen (Lehmann II., S. 536, Anm. 1). Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht in diesem Augenblicke in Gemäßheit der Vereinbarung des Fusionsvertrages durch Universalsukzession auf die übertragende über, die übertragende Gesellschaft hat dadurch ihr vermögensrechtliches Substrat verloren und ist untergegangen, ihre bisherigen Mitglieder sind Mitglieder der aufnehmenden Gesellschaft geworden und haben einen Anspruch auf Aushändigung von Aktienurkunden. Daß eine Universalsukzession vorliegt, nimmt auch das RG. (28,

[1]) Die Beschlüsse sind, wenn sie gegen Gesetz oder Statut verstoßen, anfechtbar. Vertreten wird in dem Anfechtungsprozesse die aufgelöste Gesellschaft, wenn die Fusion vollzogen ist, vom Vorstand und Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft, sonst von ihren letzten Organen (vergl. Behrend, § 141, Anm. 10; vergl. § 22 zu Art. 224).

[2]) Es kann Ring (Anm. 2), Behrend (§ 141, Anm. 3) und Randa (II., S. 231, Nr. 183 a) nicht zugestimmt werden, daß schon in der Eintragung der beiden sich entsprechenden Generalversammlungsbeschlüsse die Perfektion des Fusionsvertrages liege. Der Beschluß einer Generalversammlung ist ein interner Gesellschaftsakt, hier ist es der Wille des obersten Willensorgans, daß die Vereinigung erfolgen, das heißt von dem gesetzlichen Vertretungsorgan vereinbart und vollzogen werden soll. Ein Vertrag zwischen zwei Rechtssubjekten kommt nur zu stande durch die einander erklärte Willensübereinstimmung, bei juristischen Personen erfolgt diese Erklärung durch die gesetzlichen Vertreter. Ein Vertrag aber ist erforderlich. Wie sollte ohne Vertrag „die Übertragung des Vermögens und die Gewährung" der Aktien gemäß Art. 215, Abs. 2, erfolgen? Dieser Art. 215, Abs. 2, ist die von Behrend vermißte gesetzliche Stütze unserer Auffassung.

Digitized by Google

S. 36), das Kammergericht (Johow 11, S. 129), desgleichen Ring (Anm. 2); Lehmann II., S. 535; Behrend, § 141, Anm. 12 und 13; Randa II., S. 231, und Rosenbacher in den Mitteilungen des Prager Juristenvereines 1875, S. 49 an (anders unsere 1. Aufl.). Infolgedessen gehört zum Eigentumsübergange keine Übergabe der Mobilien, keine Indossierung von Orderpapieren, keine Zession von Forderungen, keine Auflassung von Grundstücken.[3]) Daß aber der Übergang des Vermögens einschließlich der Schulden und der Untergang der Gesellschaft sich in dem Augenblicke der Eintragung der stattgefundenen Kapitalserhöhung vollzieht, ergibt das Wesen der Sache. In Frage könnte nur ein früherer Zeitpunkt kommen: der Abschluß des Fusionsvertrages (so Ring, Anm. 2).[4]) Allein das würde zu einer unmöglichen Rechtserscheinung führen. Die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft würden, da diese in diesem Augenblicke untergehen würde, aufhören, ihre Mitglieder zu sein. Andrerseits würden sie noch nicht Mitglieder der aufnehmenden sein, ehe bei dieser die stattgefundene Kapitalserhöhung angemeldet und eingetragen ist. In der Zwischenzeit würde überhaupt kein Mitgliedschaftsrecht bestehen und auch nicht wieder zur Entstehung gelangen, wenn die aufnehmende Gesellschaft zögern oder gar sich weigern würde, die zur Eintragung der Kapitalserhöhung erforderlichen Schritte zu tun. Das will das Gesetz nicht. Es drückt vielmehr seinen Willen, der Vermögensübergang solle Zug um Zug gegen Kreierung der neuen Mitgliedschaften erfolgen, deutlich aus durch Fixierung des Fusionsbeschlusses im Art. 215, Abs. 2: „Übertragung des Vermögens gegen Gewährung der Aktien."[5])

Der so erfolgte Untergang der übertragenden Gesellschaft ist der Ordnung wegen zum Handelsregister der untergegangenen Gesellschaft anzumelden (vergl. Nr. 4 dieses Artikels und unten § 12). Durch wen, sagt das Gesetz nicht, offenbar durch den bisherigen Vorstand.

Eine Liquidation der übertragenden Gesellschaft findet nicht statt (Blaschke-Pitreich, S. 233). Für eine solche ist kein Raum (Randa II., S. 239; vergl. § 1; ferner LG. I Berlin bei Perl und Wreschner 1891, S. 114; Weißkopf, Österreichische Zeitschrift für das kaufmännische Unterrichtswesen II., Heft 3, dort auch Mitteilungen über die gegenteilige Praxis der Steuerbehörden). Auch werden die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nicht benachrichtigt.

II. **Der Beschluß der auflösenden Gesellschaft bedarf der staatlichen Genehmigung**, und zwar auch dann, wenn er keine Änderung der Statuten enthält, das ist, wenn die Auflösung im Wege der Fusion von einer auf bestimmte Zeit geschlossenen Aktiengesellschaft mit Ablauf des statutenmäßigen Endtermines beschlossen wird (vergl. § 39, Abs. 5 A. Reg.). Der Beschluß der aufnehmenden Gesellschaft bedarf deshalb stets der staatlichen Genehmigung, weil er einen Beschluß auf Erhöhung des Grundkapitals, sohin auf Abänderung des Statutes enthält (vergl. § 3 im Exkurse 1 zu Art. 215). **§ 7.**

[3]) Über den Wegfall der Auflassung siehe besonders Kammergericht bei Johow 11, S. 129; Behrend § 141, Anm. 13; Ring, Anm. 6: „es tritt ein Ereignis in die Erscheinung, welches den Eigentumsübergang mit Rechtsnotwendigkeit mit sich zieht". Vergl. aber § 3 des Gesetzes vom 23. Mai 1883, RGBl. Nr. 82.

[4]) Welchen Abschluß Ring überdies in einen Zeitpunkt verlegt, der es nach unserer Ansicht aus begrifflichen Gründen nicht sein kann (vergl. Note 1).

[5]) Gewährung der Aktien ist nicht etwa Aushändigung der Aktienurkunden. Die Aktie als Aktienrecht ist gewährt durch Eintragung der stattgefundenen Kapitalserhöhung (vergl. RG. 31, S. 21; ferner Staub bei Holdheim 3, S. 61).

Digitized by Google

§ 8. III. Die Schutzvorschriften für die Gläubiger.

1. **Allgemeines über die Rechtslage der Gläubiger bei der Fusion.** Die Fusion hat für die Gläubiger die Rechtsfolge eines Schuldnerwechsels (vergl. §§ 1 und 6), aber das ist auch die einzige Rechtsfolge für die Gläubiger. Sonstige Veränderungen der materiellen Rechtslage treten nicht ein, insbesondere werden die befristeten Forderungen durch die Fusion allein nicht fällig, nur durch besondere Umstände müßte dies begründet werden (RG. 9, S. 18, 21). Auch können die Gläubiger die Fusion nicht hindern (vergl. Wiener in GZ. 27, S. 381). Nur das wäre denkbar, daß sie beim Vorliegen von Arrestgründen die Vermögensstücke der aufzulösenden Gesellschaft verstricken, ehe sie auf die neue Gesellschaft übergehen.

Weil aber die Folge der Fusion ein Schuldnerwechsel ist, so müssen die Gläubiger gegen die hierin liegenden wirtschaftlichen Gefahren geschützt werden: sie können leicht anstatt eines solventen und soliden Schuldners einen insolventen und unsoliden erhalten. Diesen Gefahren wollen die Schutzvorschriften des vorliegenden Artikels begegnen.

§ 8a. 2. **Die einzelnen Schutzvorschriften.**

Ziffer 1. Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist.

a) Das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft. Korrekt hätte es heißen müssen: das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft. Denn wenn die Verwaltung der aufnehmenden Gesellschaft beginnt, dann ist der Fusionsvertrag bereits geschlossen und wirksam, die alte Gesellschaft also schon untergegangen. Mindestens hätte das Gesetz von der aufgelösten Gesellschaft sprechen müssen.

b) Über die Begriffe Befriedigung und Sicherstellung vergl. § 3 zu Art. 245. Ein Anspruch auf sofortige Sicherheitsleistung steht den Gläubigern nicht zu, sondern nur der Anspruch auf Sicherheitsleistung vor Durchführung der Vereinigung (AdlCl. 1389; nur heißt es dort nicht ganz richtig „vor Firmenlöschung"; vergl. auch die Gründe der zweiten Instanz bei AdlCl. 500). Dem Rechte der Gläubiger auf Sicherheitsleistung kann dadurch kein Abbruch geschehen, daß die Fusion tatsächlich durchgeführt wird, ohne daß die rechtlichen Voraussetzungen für die Gültigkeit des Fusionsbeschlusses vorliegen (AdlCl. 682).

§ 9. c) Die getrennte Verwaltung ist nicht etwa als bloße Liquidierung des Vermögens gedacht, vielmehr kann dieselbe stets und wird zumeist produktiven Zwecken dienen (RG. 9, S. 18). Die getrennte Verwaltung soll den Gläubigern die Gewähr dafür bieten, daß das von der früheren Gesellschaft überkommene Vermögen nicht den Zwecken der aufnehmenden Gesellschaft dient und nicht durch die sonstigen geschäftlichen Transaktionen der aufnehmenden Gesellschaft in Mitleidenschaft gezogen wird. Die geschäftsführenden Organe der aufnehmenden Gesellschaft dürfen daher weder das übertragene Vermögen noch den demselben zuwachsenden Gewinn zu den Zwecken der übrigen Betriebszweige verwenden. Sie haften dafür nach Ziffer 3.

Digitized by Google

Andrerseits liegt nichts weiter vor, als die Pflicht getrennter Verwaltung. Eine materielle Bedeutung nach außen hat die getrennte Verwaltung nicht.[6]) Es steht den Gläubigern immer nur ein einheitlicher Schuldner in der aufnehmenden Gesellschaft gegenüber. Diese haftet mit ihrem ganzen Vermögen, wie jeder andere persönliche Schuldner, den überkommenen sowohl als den sonstigen Gläubigern, alten und neuen (Randa II., S. 232). Und wenn davon gesprochen wird, daß die getrennte Verwaltung ein ausschließliches Zugriffsrecht der Gläubiger der alten Gesellschaft auf diese Vermögensbestandteile zur Folge hat, und zwar ausschließlich in doppeltem Sinne: nur sie dürfen es ergreifen und nur diese Bestandteile dürfen sie ergreifen (vergl. Ring, Anm. 4, auch RG. 9, S. 17), so können wir dem nicht beistimmen. Es ist auch gar nicht ersichtlich, wie die Gläubiger der alten Gesellschaft es hindern könnten, daß das Vollstreckungsorgan für andere Gläubiger die Gegenstände der getrennten Verwaltung pfändet. Ein die Exekution hinderndes Recht nach § 37 EO. steht ihnen nicht zu (zust. Behrend, § 141, Anm. 17, der aber in solchem Falle den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft ein Recht „auf Sicherstellung oder Hinterlegung gibt"). Noch weniger teilen wir die Ringsche, von Hergenhahn reproduzierte, übrigens auch von Petersen und Pechmann (S. 594) und Behrend (§ 141, Anm. 18) verteidigte Ansicht, daß über die getrennt verwaltete Vermögensmasse ein getrennter Konkurs eröffnet werden könnte. An der Spitze der Konkursordnung steht der Satz, daß nur über das gesamte Vermögen eines Schuldners Konkurs eröffnet werden kann, nicht über einzelne Vermögensmassen eines und desselben Schuldners.

Eine andere Frage wäre es, ob die Gläubiger der alten Gesellschaft einen konkursrechtlichen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen haben (so Cosack, S. 696; auch Behrend, § 141, Anm. 18; Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft, S. 13). Aber auch dies ist zu verneinen. Die Konkursordnung zählt die Rechte auf abgesonderte Befriedigung auf, ohne für den vorliegenden Fall ein solches zu gewähren. Gerät die aufnehmende Gesellschaft in Konkurs, so hat sich eben gezeigt, daß auch die getrennte Verwaltung kein genügender Schutz für die Gläubiger war, und sie haben die Konsequenzen zu tragen, da ihnen das Gesetz einen höheren Schutz nicht gewährt.[7])

Auch insofern hat die getrennte Verwaltung keine materielle Bedeutung, als durchaus nicht ausgeschlossen ist, daß der in dieser getrennten Verwaltung erzielte Gewinn der gesamten Gesellschaft zu gute kommt; desgleichen haben sämtliche Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft das Beschlußrecht auch in Ansehung dieser getrennten Verwaltung (RG. 9, S. 19).

Ziffer 2. **Der Gerichtsstand der übertragenden Gesellschaft bleibt.** Das § 10.
mußte festgesetzt werden, um eine Erschwerung der Rechtslage der Gläubiger zu verhindern, die durch den Untergang der alten Gesellschaft entsteht. Die Sache stellt sich hienach so, daß die Gläubiger der alten Gesellschaft

[6]) Anders nach § 306 d. HGB.

[7]) Für das deutsche Recht läßt sich die Zulässigkeit eines abgesonderten Konkurses über das getrennt verwaltete Vermögen der aufgelösten Aktiengesellschaft aus § 306, Abs. 4, d. HGB. ableiten (vergl. Staub[8], Anm. 19 zu § 306).

Digitized by Google

zwar die aufnehmende Gesellschaft zu verklagen haben, dies aber am Gerichtsstande der alten Gesellschaft tun dürfen (nicht etwa tun müssen; der Gerichtsstand ist elektiv). Obzwar die Bestimmung des Art. 247, Z. 2, in der JN. und deren Einführungsgesetze nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurde, muß deren Fortbestand angenommen werden; die aufgelöste Gesellschaft wird eben für den Bereich der Zuständigkeitsnormen als fortbestehend fingiert.

§ 11. Ziffer 3. **Die Organe der aufnehmenden Gesellschaft sind für die Ausführung der getrennten Verwaltung den Gläubigern haftbar.** Die Organe der übertragenden Gesellschaft fällen nach erfolgter Übertragung, beziehungsweise nach Anmeldung der vollzogenen Fusion fort.

§ 12. Ziffer 4. **Die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.** Durch wen und in welchem Zeitpunkte dies zu geschehen hat, darüber vergl. oben § 6.

§ 13. Ziffer 5. **Die öffentliche Aufforderung an die Gläubiger kann verschoben oder unterlassen werden. Eine Vereinigung der beiden Vermögensmassen ist aber nur zulässig unter Beachtung der Vorschriften des Art. 245.** Die getrennte Verwaltung kann daher in infinitum fortdauern.

§ 14. Zusatz 1. Die **Verstaatlichung** der Aktiengesellschaft ist im Handelsgesetzbuch nicht geregelt, während § 95 GmbHG. und § 304 d. HGB. über diesen Gegenstand eingehende Bestimmungen enthalten. Die Verstaatlichung, der die Verländerung und die Kommunalisierung rechtlich gleich stehen, kann auf zwei Arten erfolgen: Der Staat, das Land oder die Gemeinde erwirbt alle Aktien behufs Auflösung der Gesellschaft; Staat, Land oder Gemeinde erwirbt das Unternehmen und das übrige Vermögen der aufgelösten Gesellschaft. (Beide Fälle sind in § 95 GmbHG. erwähnt.) Die Liquidation kann in diesen Fällen nur dann unterbleiben, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten der Gesellschaft durch den das Vermögen übernehmenden öffentlich-rechtlichen Verband in einem besonderen Gesetze ausgesprochen ist. Nur dann kann § 95 GmbHG., der bei Eintritt des Staates, eines Landes oder einer Gemeinde in die Verbindlichkeiten der Gesellschaft eine Benachteiligung der Gläubiger für ausgeschlossen erachtet, analog angewendet werden. Der Übergang des Vermögens vollzieht sich im Wege der Singularsukzession (Randa II., S. 231). Verschieden von der Verstaatlichung der Aktiengesellschaft ist der Erwerb eines Unternehmens der fortbestehenden Aktiengesellschaft durch den Staat, ein Land oder eine Gemeinde; bezüglich des Überganges des Vermögens und der Schulden gelten hier die bei Art. 22 entwickelten Grundsätze.

§ 15. Zusatz 2. **Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft m. b. H.** (§§ 97 bis 100 GmbHG.) bewirkt keine Vermögensübertragung weder im Wege der Singular- noch der Universalsukzession. Es findet bloß eine Änderung in der Art der Beteiligung an der Korporation statt. Die Aktionäre haben die Wahl, den auf ihre Aktien entfallenden Anteil am Gesellschaftsvermögen, der sich mit dem Nennwerte der Aktien nicht decken muß, sich in Geld ausbezahlen zu lassen oder sich mit diesem Betrage als Stammeinlage an der Gesellschaft m. b. H. beteiligen zu wollen. Die nähere Regelung enthalten die bezogenen Bestimmungen des GmbHG.

Digitized by Google

Artikel 248.

Eine teilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre kann nur auf Beschluß der Generalversammlung erfolgen; dieser Beschluß bedarf zu seiner Gültigkeit der staatlichen Genehmigung.

Die Zurückzahlung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen erfolgen, welche für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (Art. 243, 245).

Die Mitglieder des Vorstandes, welche dieser Vorschrift entgegenhandeln, sind den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch verhaftet.

I. Vorbemerkungen.

1. **Die wirtschaftliche Bedeutung der Kapitalsherabsetzung.** Die Grundkapitalsziffer ist ein ständiger Passivposten in der Bilanz. Da nur der Überschuß der Aktiva über die Passiva verteilt werden darf, so ist dieser Passivposten das arithmetische Hilfsmittel, um die Verteilung von Gesellschaftsvermögen unter die Aktionäre solange zu verhindern, als bis die Gesellschaft so viele Werte aufgespart hat, daß dieselben außer dem Betrage aller übrigen Passivposten auch den Betrag der Grundkapitalsziffer erreichen. Die Aktienkapitalsziffer ist nun allerdings ein ständiger Passivposten, aber absolute Ständigkeit ist nicht erforderlich und nicht wünschenswert. Es kann nämlich Fälle geben, welche es wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen lassen, die Grundkapitalsziffer zu verringern. Das Gesetz trägt diesen Fällen Rechnung, aber nur soweit dies ohne Benachteiligung der Interessen der Gläubiger geschehen kann. Deshalb sind, soweit eine solche Benachteiligung möglich ist, eine Reihe von Schutzvorschriften zu beobachten. § 1.

Wirtschaftlich gerechtfertigt erscheint eine Kapitalsherabsetzung z. B., wenn die Gesellschaft ihre Aktiva bei der Gründung zu teuer erworben hat oder wenn ein Teil der Aktiva durch rückläufige Konjunktur einen erheblichen Teil ihres Wertes verliert. Da die Aktivziffern der Bilanz höchstens den wahren Wert der Aktiva wiedergeben dürfen, so müssen in solchen Fällen erhebliche Abschreibungen erfolgen. Da nur der Überschuß der Aktiva über die Passiva verteilungsfähig ist, so vermindern sich dadurch in dem gleichen Maße die Chancen des Dividendenbezuges für die Aktionäre. Bei einer Gesellschaft, die im übrigen gute Geschäfte macht und sogenannten Bruttogewinn erzielt, ist ein solcher Zustand für die Dauer eine Ungerechtigkeit. Diese kann dadurch beseitigt werden, daß auch die Passivziffer gemindert wird. Am besten ist es ja, wenn dies durch Streichung von sonstigen Reservekonten geschieht. Stehen aber solche nicht zur Verfügung, so bleibt nichts übrig, als die Ziffer des Aktienkapitals zu verringern. Das ist ein Fall der Kapitalsherabsetzung.

Ein anderer wirtschaftlicher Anlaß zur Kapitalsherabsetzung ist die Überflüssigkeit eines Teiles des vorhandenen Kapitals. Wenn z. B. das von der Gesellschaft betriebene Geschäft mit einem Betriebskapital von 500.000 Kronen sehr gut gewinnbringend geführt werden kann, während das eingezahlte und noch vorhandene Aktienkapital 750.000 Kronen beträgt, so ist der Wunsch der Aktionäre, den für den Betrieb überflüssigen Teil des Aktienkapitals ausgezahlt zu erhalten, wirtschaftlich wohl berechtigt. Der Erfüllung dieses berechtigten Wunsches dient die Kapitalsherabsetzung.

Digitized by Google

Das Aktienkapital wird in solchem Falle auf 500.000 Kronen herabgesetzt und der hiedurch entstehende Überschuß der Aktiva und Passiva von 250.000 Kronen wird unter die Aktionäre verteilt.

Übrigens sind solche Kapitalsrückzahlungen nicht notwendig ein Zeichen unvorteilhafter Geschäftsführung. Z. B. wenn eine Gesellschaft einen ihrer Betriebszweige vorteilhaft in Bausch und Bogen veräußert, während das dadurch erzielte Kapital für ihre sonstigen Betriebszweige nicht erforderlich ist, auch nicht beliebt wird, mit Hilfe des Kaufpreises einen anderen Betriebszweig neu zu eröffnen. Auch in solchem Falle ist die einzige rationelle Verwendung des frei werdenden Kapitals die Rückzahlung an die Aktionäre, die wiederum nur im Wege der Kapitalsherabsetzung erfolgen kann, da nur auf diese Weise der bilanzmäßige Überschuß der Aktiva über die Passiva, die notwendige Voraussetzung für die Verteilbarkeit von Werten, hergestellt wird.

Man hat in der Theorie, anknüpfend an die hier erörterten wirtschaftlichen Gründe der Kapitalsherabsetzung unterschieden zwischen **nomineller** (oder deklarativer) und **effektiver** (oder konstitutiver) Kapitalsherabsetzung. Von ersterer hat man dann gesprochen, wenn durch schlechten Geschäftsgang, ungünstige Konjunktur oder andere Umstände das Gesellschaftsvermögen unter jene Ziffer gesunken ist, welche im Statute als Grundkapital angegeben erscheint, und man das statutenmäßige Grundkapital soweit herabsetzen wollte, daß es in den vorhandenen Gesellschaftsaktiven seine faktische Deckung findet. Von einer effektiven Herabsetzung sprach man aber dann, wenn der Wert der Gesellschaftsaktiven die statutenmäßige Grundkapitalsziffer erreicht und eine Herabsetzung derselben bloß deshalb stattfindet, damit hiedurch ein geringerer Teil der faktisch vorhandenen Gesellschaftsaktiven von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen wird, (Diese Unterscheidung findet sich auch noch bei Reisch und Kreibig II., S. 16.) Irgendein juristischer Unterschied besteht aber zwischen den beiden erwähnten Fällen der Kapitalsherabsetzung nicht und die Ausdrucksweise „nominelle" oder „deklarative Kapitalsherabsetzung" in diesem Zusammenhange ist direkt irreführend, weil sie zu der Vorstellung Anlaß gibt, es konstatiere die statutenmäßige Herabsetzung des Grundkapitals bloß die faktisch eingetretene Verminderung desselben. Diese Vorstellung beruht aber auf einer ungenügenden Auseinanderhaltung der Begriffe „Gesellschaftsvermögen" und „Grundkapital". Das Gesellschaftsvermögen ist eine reale, das Grundkapital eine bloß rechnungsmäßige Größe, eine Ziffer, die angibt, wie viel von den Aktiven, die die Gesellschaft besitzt oder erwirbt, zurückbehalten werden müssen, ehe Zahlungen an die Aktionäre geleistet werden dürfen. Diese Ziffer ist die Summe der Nennwerte der Mitgliedschaftsrechte (vergl. § 12 zu Art. 207, § 6 zu Art. 209).[1]) Bezeichnet man das Grundkapital mit G, den Nennwert der einzelnen Aktien (wobei hier zur Vereinfachung ein gleicher Nennwert aller Aktien vorausgesetzt wird) mit N und die Anzahl der Aktienrechte mit S, so läßt sich die Gleichung aufstellen: $G = SN$. Wie man sieht, kommt in dieser Gleichung der Wert der im Vermögen der Gesellschaft stehenden Aktiven gar nicht vor. Hieraus ergibt sich mit vollständiger Deutlichkeit, daß eine Wertverminderung der Gesellschaftsaktiven einen Einfluß auf die Höhe der Grundkapitalsziffer nicht

[1]) Nicht die Summe der Vermögenswerte der von den einzelnen Aktionären geleisteten Einlagen (vergl. § 12 zu Art. 207).

Digitized by Google

ausüben kann (Rehm, S. 400; Lehmann II., S. 623). Daher kann man auch nicht sagen, daß eine statutenmäßige Herabsetzung des Grundkapitals in dem Falle, daß der Wert der gesellschaftlichen Aktiven unter die Grundkapitalsziffer gesunken ist, letztere bloß mit den tatsächlichen Verhältnissen in Einklang bringt, bloß berichtigt. Es hat sich ja keiner der beiden die Grundkapitalsziffer bildenden Faktoren geändert und die wesentliche rechtliche Wirkung der statutenmäßigen Grundkapitalsziffer, daß bis zu deren Betrage Gesellschaftsaktiven zu reservieren sind, bleibt anerkanntermaßen jedenfalls bis zur statutenmäßigen Herabsetzung des Grundkapitals auf den Wert der faktisch vorhandenen Gesellschaftsaktiven bestehen. Erst mit der statutenmäßigen Herabsetzung tritt die Wirkung ein, daß von nun an nur mehr die zur Zeit der Herabsetzung faktisch vorhandenen Aktiven zu reservieren und von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen sind. Wegen dieser Wirkung kann man nicht die Kapitalsherabsetzung in dem hier erörterten Falle der effektiven Kapitalsherabsetzung gegenüberstellen. Damit soll allerdings nicht gesagt sein, daß die Unterscheidung zwischen konstitutiver und deklarativer Kapitalsherabsetzung überhaupt zu verwerfen ist (vergl. unten § 6 im 1. Exkurse zu diesem Artikel).

2. **Die rechtliche Bedeutung der Kapitalsherabsetzung.** Jede Kapitalsherabsetzung hat die Wirkung, daß die Ziffer des Aktienkapitals entsprechend verringert und hiedurch das Zahlenverhältnis der Aktiva zu der Passiva verschoben wird. Sie ist also ein arithmetisches Mittel, um die Bilanz anders zu gestalten, und da an die verschiedenen Gestaltungen der Bilanz sich weitere Konsequenzen anschließen, so ist sie das arithmetische Mittel, um diese weiteren Konsequenzen zu ermöglichen.[2]) Welche Konsequenzen das sind, ist zu 1 dargestellt. **§ 2.**

Indessen ist das nur die Wirkung der Kapitalsherabsetzung. Damit ist noch nicht die Frage nach dem juristischen Wesen der Kapitalsherabsetzung selbst beantwortet. Liegt darin eine Veränderung der Gesellschaft selbst, oder eine Veränderung der Aktienrechte, und eventuell welcher Art ist dieselbe?

Der Gedanke, daß in der Kapitalsherabsetzung eine Veränderung der Gesellschaft liegt, ist kurzerhand abzuweisen. Die Gesellschaft bleibt dieselbe.

Wie aber steht es mit der Frage, ob das Aktienrecht sich dadurch verändert? Hier muß zwischen den verschiedenen Arten der Kapitalsherabsetzung unterschieden werden: es müssen auseinandergehalten werden die Kapitalsherabsetzung, die durch Einziehung von Aktienrechten geschieht, und die Kapitalsherabsetzungen, die auf andere Weise stattfinden. Die Amortisation, die nicht auf Grund eines Herabsetzungsbeschlusses geschieht (die selbständige Amortisation), über welche im 1. Exkurse zu diesem Artikel gehandelt wird, ist überhaupt keine Kapitalsherabsetzung, sie gibt nur Anlaß zu einer solchen. Bei der uns hier interessierenden Amortisation auf Grund eines Herabsetzungsbeschlusses erfolgt der Erwerb des Aktienrechtes

[2]) Vollkommen zutreffend charakterisieren die Stammkapitalsherabsetzung die Motive zu §§ 54 bis 57 GmbHG.: „Jede Herabsetzung des Stammkapitals, mag sie mit einer Auszahlung, also mit einer tatsächlichen Verringerung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens, verbunden sein oder mag sie nur mit einer Abschreibung unter unversehrter Aufrechthaltung des Gesellschaftsvermögens bestehen, verringert die Passivposten der Bilanz, gestattet daher in der Folge die Erzielung eines Reingewinnes in einer Höhe, wie er vor der Herabsetzung sich nicht ergeben konnte. Als Folge tritt somit jedenfalls eine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens ein, das zur Deckung der Gläubiger vorbehalten bleibt."

Digitized by Google

zum Zwecke der Nichtwiederausgabe; das Aktienrecht soll ja, wie schon der Name sagt, vernichtet werden, und der Ersatz ist denn auch Vernichtung des Aktienrechtes (vergl. Exkurs 1 zu diesem Artikel). Bei allen anderen Herabsetzungen liegt die Sache anders. Hier wird das Aktienrecht nicht vernichtet. Die Schaffung der Aktien und die Herabsetzung des Aktienkapitals verhalten sich hier zueinander nicht etwa wie Geburt und Tod, wie Erzeugung und Vernichtung. Vielmehr bleibt im Falle der Herabsetzung, die nicht durch Amortisation durchgeführt wird, das Aktienrecht dasselbe, das heißt identisch. Auch die Stärke des Aktienrechtes ändert sich nicht notwendig: die Anteilsquote ändert sich durch die Veränderung der Ziffer nicht notwendig (ROHG. 25, S. 264; RG. vom 4. November 1895 in J. W. 1896, S. 6). Beträgt z. B. die Ziffer des Aktienkapitals 30.000 Kronen, so ist der Eigentümer einer Aktie von 3000 Kronen mit $^1/_{10}$ an der zu verteilenden Gewinn- und Liquidationsmasse beteiligt. Wird nun die Gesamtziffer des Grundkapitals auf 10.000 Kronen herabgesetzt und somit der Betrag der einzelnen Aktie auf 1000 Kronen, so bleibt jene Beteiligungsquote $^1/_{10}$, also unverändert. Nur die Signatur der Aktien wird auch in solchen Fällen eine andere, sie sieht nunmehr aus, als sei sie eine solche, auf welche nur 1000 Kronen einbezahlt wären, und diese veränderte Signatur übt oft auf die Wertschätzung im Aktienrechte Einfluß aus.

Auch im Falle der Zusammenlegung (näheres siehe unten § 3) liegt die Sache nicht anders. Die Zusammenlegung ist ja nur eine Art, wie die Kapitalsherabsetzung ausgeführt wird. In der aus der Zusammenlegung hervorgehenden Aktie sind die früheren mehreren Aktienrechte vereinigt, sie repräsentiert die früheren mehreren Einzelrechte in ihrer Vereinigung. Nur die Ziffer der vereinigten Aktienrechte ist herabgesetzt.

So ändert bei der Kapitalsherabsetzung durch Herabsetzung des Nennwertes das Aktienrecht seine Identität nicht. Es ändert sich ferner nicht notwendig der Umfang des Rechtes. Allein die Stärke des Rechtes ändert sich zwar nicht gerade notwendig, das heißt nicht immer, aber doch oft, und zwar durch das Mitwirken anderer Umstände, nämlich dann, wenn die herabgeminderte Aktie in Konkurrenz mit Aktien anderer Gattung oder anderen Nennwertes tritt. In diesem Falle gewährt naturgemäß eine Aktie von geringerem Nennwerte in mannigfacher Hinsicht, je nach dem Inhalte der betreffenden Statuten, geringere Rechte als eine Aktie von größerem Nennwerte. Wenn z. B. Aktien von 3000 Kronen vorhanden sind und ein Teil davon wird in Aktien von 1000 Kronen herabgesetzt, so gewährt jede Aktie der letzteren Art nunmehr nur noch eine Stimme, während die Aktien der ersteren Art je drei Stimmen gewähren, und ebenso liegt es auf der Hand, daß, wenn der Prozentsatz der Gewinnbeteiligung in Aktienbeträgen ausgedrückt ist, auf eine Aktie von 1000 Kronen eine geringere Dividende entfällt, als auf eine Aktie von 3000 Kronen.

Die Tatsache, daß sich die statutenmäßige Ziffer des Aktienkapitals verringert, hat eine praktisch sehr weitgehende Wirkung. Wir haben bei Erläuterung der Art. 216 und 217 gezeigt (siehe auch § 24 zu Art. 239), daß von der Verteilung an die Aktionäre stets jener Teil der Aktiven ausgeschlossen ist, welcher der statutenmäßigen Grundkapitalsziffer entspricht. Jede Herabsetzung dieser Ziffer bewirkt also, daß die Summe der von der Verteilung ausgeschlossenen Aktiven sich mindert, daß sohin nach Her-

Digitized by Google

abſetzung ein größerer Betrag der Geſellſchaftsaktiven zur Verteilung an die Aktionäre gelangen kann als vorher.[3])

Jede Kapitalsherabſetzung führt ſohin zu der natürlichen Wirkung, daß an die Aktionäre aus dem Geſellſchaftsvermögen Zahlungen geleiſtet werden können, die ohne die erfolgte Kapitalsherabſetzung nicht hätten geleiſtet werden können. Das poſitive Recht kann aber dieſe gewiſſermaßen natürliche Wirkung der Herabſetzung des Grundkapitals dahin einſchränken, daß es beſtimmt, daß trotz erfolgter Herabſetzung des Grundkapitals Zahlungen an die Aktionäre, die nur infolge der Grundkapitalsherabſetzung möglich geworden ſind, nicht ſofort nach derſelben, ſondern erſt nach einer gewiſſen Zeit und unter Erfüllung beſtimmter Vorausſetzungen erfolgen dürfen. Das poſitive Geſetz kann dieſe Einſchränkung für alle derartigen Zahlungen oder nur für gewiſſe Gruppen derſelben treffen.

II. Erläuterung des Art. 248.

Art. 248 beſtimmt, daß eine teilweiſe Rückzahlung des Grundkapitals einen Generalverſammlungsbeſchluß vorausſetzt, ſtellt das Erfordernis für die Gültigkeit dieſes Beſchluſſes auf (Abſ. 1), beſtimmt, daß trotz des Generalverſammlungsbeſchluſſes Rückzahlungen vor der Beobachtung gewiſſer Schutzvorſchriften nicht erfolgen dürfen (Abſ. 2), und ſetzt eine Haftung der Vorſtandsmitglieder, welche den in Abſ. 1 und 2 aufgeſtellten Vorſchriften zuwiderhandeln, feſt (Abſ. 3). Dieſe dürftigen Beſtimmungen reichen zur Beantwortung der bei der Darſtellung der vorliegenden Materie ſich ergebenden Frage nicht aus; die Beſprechung dieſer Materie kann daher auch nicht in unmittelbarem Anſchluſſe an den Wortlaut des vorliegenden Artikels erfolgen.

Der Herabſetzungsbeſchluß.

1. **Der Inhalt des Herabſetzungsbeſchluſſes** geht dahin, daß die Grundkapitalsziffer von nun an eine niedrigere ſein ſoll. Mehr als die Angabe der neuen Grundkapitalsziffer braucht der Beſchluß nicht zu enthalten. Er muß insbeſondere nach dem Handelsgeſetzbuche nicht den Zweck erſehen laſſen, zu welchem die Herabſetzung erfolgen ſoll (Zurückzahlung, beziehungsweiſe Zurückgabe von Einlagen, Tilgung einer Unterbilanz, Verwendung eines Teiles des Grundkapitals für den Reſervefonds). Auch braucht der Beſchluß nicht anzugeben, durch welche Maßregeln derſelbe auszuführen iſt (durch Verminderung des Nennbetrages der Aktien, durch Zuſammenlegung, durch Einziehung von Aktienrechten). Alles dies kann den Geſellſchaftsorganen überlaſſen werden (Randa II., S. 189). Auch das Aktienregulativ ſchreibt im § 18, Abſ. 2, nicht vor, daß der Beſchluß auf Herab- § 1.

[3]) Dieſer Satz erleidet eine ſcheinbare Ausnahme, wenn gleichzeitig mit der Herabſetzung des Grundkapitals die Dotierung eines Reſervefonds in demſelben Betrage, um welchen das Grundkapital ſtatutenmäßig herabgeſetzt wird, beſchloſſen wird. Man könnte ſagen, daß in dieſem Falle neben dem Betrage des nunmehr herabgeſetzten Grundkapitals auch der Betrag des neugeſchaffenen Reſervefonds in die Paſſiven der Bilanz einzuſetzen iſt, daher die Summe der von der Verteilung an die Aktionäre ausgeſchloſſenen Aktiven gerade ſo groß iſt wie früher. Die Ausnahme iſt aber nur eine ſcheinbare; denn die Beſtimmung, daß das Geſellſchaftsvermögen bis zur Ziffer des ſtatutenmäßigen Grundkapitals von der Verteilung an die Aktionäre ausgeſchloſſen iſt, iſt eine geſetzliche und von ihr kann nur unter den beſtimmten im Geſetze genannten Vorausſetzungen abgegangen werden. Die Beſtimmung aber, daß auch ein weiterer Teil des Geſellſchaftsvermögens bis zum Betrage des durch das Statut geſchaffenen Reſervefonds von der Verteilung ausgeſchloſſen iſt, iſt bloß eine ſtatutariſche und kann durch eine Änderung des Statutes ohne jede weitere Vorausſetzung abgeändert werden.

Digitized by Google

setzung des Grundkapitals die Art der Durchführung festsetzen muß. Das Aktienregulativ verlangt bloß, daß der Verwaltungsbehörde, bevor sie den Beschluß auf Herabsetzung des Grundkapitals genehmigt, die geplante Art der Durchführung bekanntgegeben werde.[4])

2. **Erfordernisse der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Herabsetzungsbeschlusses.** Der Beschluß auf Herabsetzung des Grundkapitals ist ein Beschluß auf Änderung der Statuten. Denn gemäß Art. 209, Z. 4, bildet die Höhe des Grundkapitals einen notwendigen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages. Änderung dieser Höhe ist somit Statutenänderung (AdlCl. 634; Rehm, S. 417; Lehmann II., S. 634; Blaschke-Pitreich, S. 234; Reisch in W. Z. 28, S. 722). Daraus folgt, daß die Erfordernisse, welche Art. 214 als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Statutenänderung aufstellt, jedenfalls ohne Rücksicht auf den mit der Kapitalsherabsetzung verbundenen Zweck befolgt werden müssen. Nach dem Gesetze würde eine einfache Mehrheit zur gültigen Beschlußfassung genügen. Wo das Statut für Statutenänderungsbeschlüsse qualifizierte Mehrheit vorschreibt, oder wo es vorschreibt, daß ein bestimmter Teil des Aktienkapitals in der Generalversammlung vertreten sein muß (nach § 48, Abs. 1 A. Reg. muß das Statut derartige Bestimmungen enthalten; vergl. § 5 zu Art. 214), muß auch diesen Bedingungen entsprochen sein. Für den Fall, daß Aktien verschiedener Gattung vorhanden sind, gilt für die Abstimmung dasselbe, wie beim Beschlusse auf Kapitalserhöhung (vergl. § 3 im Exkurse 2 zu Art. 215). Darüber, ob im Statute das Recht, über Kapitalsherabsetzungen zu beschließen, anderen Organen als der Generalversammlung zugewiesen werden kann, gilt dasselbe, was hinsichtlich jeder anderen Statutenänderung gilt (vergl. § 4 zu Art. 214). § 39, Abs. 2, Z. 5 A. Reg. verbietet eine solche Delegation. Die staatliche Genehmigung des Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals ist notwendig; das ist in Art. 248 ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber bereits aus Art. 214. § 18, Abs. 2 A. Reg. bestimmt Form und Inhalt des Ansuchens, worin um Erteilung der staatlichen Genehmigung eingeschritten wird. Die Notwendigkeit notarieller Beurkundung und Registrierung des Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals ergibt sich ebenfalls aus Art. 214. Die Eintragung des Beschlusses auf Herabsetzung der Grundkapitalsziffer ist unabhängig von der Erfüllung der zu Gunsten der Gläubiger erlassenen Schutzvorschriften, gleichgültig, zu welchem Zwecke der Beschluß gefaßt ist. Die Frage, ob die zu Gunsten der Gläubiger erlassenen Schutzvorschriften beobachtet worden sind, wird erst dann von Bedeutung, wenn es sich darum handelt, auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses Zahlungen an die Aktionäre zu leisten (dagegen AdlCl. 980; nicht zutreffend die Begründung der im Ergebnisse richtigen Entscheidung, AdlCl. 1573).

§ 2. 3. Die **Wirkung des rechtswirksamen Herabsetzungsbeschlusses** besteht darin, daß die Grundkapitalsziffer um den Betrag gemindert ist, um welchen sie nach dem Herabsetzungsbeschlusse gemindert werden soll. Der geminderte Betrag ist nunmehr die Kreditbasis der Gesellschaft. Ergibt die nächste Bilanz einen Überschuß der Aktivsumme, wie sie sich unter Zugrundelegung des verminderten Aktienkapitals darstellt, so ist dies ein bilanzmäßiger Gewinn[5]), auf dessen Verteilung die Aktionäre Anspruch haben. Bei der

[4]) Nach § 288, Abs. 2, d. HGB. muß der Beschluß gleichzeitig enthalten, zu welchem Zwecke die Herabsetzung erfolgt ist und durch welche Maßregel sie auszuführen ist.

[5]) Natürlich bloß ein Bilanzgewinn, kein Gewinn im Sinne einer Vermögensvermehrung.

Digitized by Google

Herabsetzung des Grundkapitals zu dem Zwecke, um Teile des Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre zurückzuzahlen, ist mit der Rechtswirksamkeit des Herabsetzungsbeschlusses jeder Aktionär Gläubiger der Gesellschaft in der Höhe des auf ihn entfallenden Betrages geworden. Eine andere Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Beträge, in Ansehung welcher die Aktionäre mit der Rechtswirksamkeit des Herabsetzungsbeschlusses Gläubiger der Gesellschaft geworden sind, an die Aktionäre ausgezahlt werden dürfen (vergl. hierüber unten § 6).

Die Beträge, welche die Aktionäre auf Grund des Herabsetzungs- und Rückzahlungsbeschlusses von der Gesellschaft zu fordern haben, bilden vor deren faktischer Zahlung einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens und sind sohin Exekutionsobjekte, auch für die nach Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses hinzugekommenen Gesellschaftsgläubiger. Solange neben den sonstigen Passiven diese Beträge nicht gedeckt sind, ist Gewinn nicht vorhanden. (Anders Petersen und Pechmann, S. 292). Die Frage, ob in die Bilanz das Grundkapital sofort nach Rechtswirksamkeit des Herabsetzungsbeschlusses in dem ziffermäßig herabgesetzten Betrage zu buchen ist, oder solange in dem im ursprünglichen Statute angegebenen Betrage zu buchen ist, bis die Durchführung des Beschlusses auf Herabsetzung und die Zahlung der auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses an die Aktionäre zu zahlenden Beträge unter Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgt ist, hat keine rechtliche Bedeutung; denn es ist für die hier in Betracht kommenden Wirkungen praktisch ganz gleichgültig, ob während der Zeit der Durchführung der Grundkapitalsherabsetzung und des Verlaufes der Sperrfristen die Passivpost „Grundkapital" in der Bilanz einen geringeren Betrag aufweist, dafür aber die auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses an die Aktionäre zu zahlenden, aber vorläufig noch zurückzubehaltenden Beträge als besondere Passivpost angeführt werden, oder ob in der Bilanz eine einheitliche Passivpost in dem Betrage der ursprünglichen Ziffer des Grundkapitals erscheint. In beiden Fällen ist der gleiche Betrag der Gesellschaftsaktiven gebunden und von der Verteilung als Gewinn unter die Aktionäre ausgeschlossen. Die Frage also, wann die beschlossene Herabsetzung in den Büchern der Gesellschaft zu berücksichtigen ist, ist daher keine rechtliche, sondern eine Frage der Buchhaltungskunde. Sofern keine entgegenlautende Vorschrift besteht, wird man annehmen müssen, daß sofort mit der Rechtswirksamkeit des Herabsetzungsbeschlusses in der Bilanz die geminderte Grundkapitalsziffer zu buchen ist (Johow 9, S. 22; Rehm, S. 404; dagegen Simon, S. 215, der die Frage nach den verschiedenen Arten der Durchführung der beschlossenen Herabsetzung verschieden beantwortet). Simons Argument, daß die Herabsetzung erst durch die Rückzahlung erfolgt, ist eben nicht zutreffend. Die Herabsetzung erfolgt nicht durch die Rückzahlung, sondern bloß zum Zwecke der Rückzahlung. Aus § 49, Abs. 6 A. Reg. in Verbindung mit § 18, Abs. 4, geht hervor, daß erst nach Durchführung der Kapitalsherabsetzung und Änderung des Statutentextes in der Bilanz die geminderte Grundkapitalsziffer anzuführen ist. Da, wie gezeigt, die verschiedene Art der Buchung keine verschieden rechtlichen Folgen nach sich zieht, kann man die angeführte Bestimmung des Aktienregulativs nicht als eine dem Gesetze widersprechende bezeichnen. Die Forderung des Aktionärs auf Zahlung desjenigen Betrages, den er infolge des Herabsetzungs- und Rückzahlungsbeschlusses zu beanspruchen hat, ist eine befristete und bedingte, befristet durch den Ablauf der Sperrfrist,

Digitized by Google

bedingt durch die Befriedigung oder Sicherstellung derjenigen Personen, welche vor der Eintragung des Rückzahlungsbeschlusses Gläubiger waren. Aus dieser Formulierung ergeben sich auch die Rechtsverhältnisse beim Ausbruche des Konkurses vor Ablauf der Sperrfrist. Mit den neu hinzutretenden Gläubigern konkurrieren die Aktionäre, welche eine Rückzahlungsrate zu fordern haben; mit den alten Gläubigern nicht, denn in Ansehung ihrer ist ihre Forderung bedingt durch die Befriedigung oder Sicherstellung derselben; sie müssen also insoweit zurücktreten, als die Befriedigung der alten Gläubiger nicht möglich ist (ebenso Ring, Anm. 5); dies ergibt sich aus der Natur der Sache und nicht aus der Annahme eines besonderen Vorrechtes im Konkurse. (Behrend, § 143 erachtet die Ansprüche der Aktionäre als durch den Ablauf der Sperrfrist nicht bloß befristet, sondern auch bedingt, mit dem Ausbruch des Konkurses während der Sperrfrist also für beseitigt).

Der Reduktionsbeschluß kann ferner auch bedingt gefaßt sein, alsdann datiert seine Rechtswirksamkeit erst vom Eintritte der Bedingung. Aber damit diese Wirkung eintrete, muß auch der bedingte Beschluß eingetragen werden; nicht aber ist anzunehmen, daß der bedingte Beschluß erst nach Eintritt der Bedingung eintragungsfähig sei, wie dies Maßmann bei Holdheim 2, S. 375, ausführt.

§ 3. 4. **Die Durchführung der beschlossenen Grundkapitalsherabsetzung.** Wir haben oben erwähnt, daß die Ziffer des Grundkapitals die Summe der Nennwerte der Mitgliedschaftsrechte darstellt, das heißt das Grundkapital ist in Teilbeträge zerlegt, welche es erschöpfen. Der einzelne Teilbetrag ist gleich dem Nennwerte der einzelnen Aktie. Ist die Grundkapitalsziffer im Statute herabgesetzt, so entspricht sie nicht mehr der Summe der Nennbeträge der einzelnen Aktien und die auf diese Weise gestörte Übereinstimmung muß wieder hergestellt werden. Hieraus folgt, daß die zur Herstellung dieser Übereinstimmung dienende Durchführung des Herabsetzungsbeschlusses entweder in der Verminderung der Zahl der Aktienrechte oder in der Verminderung der Nennbeträge der einzelnen Aktien bestehen kann. Der äußeren Form nach kann die Verminderung der Zahl der Aktienrechte geschehen durch Einziehung von Aktienrechten im Wege des freihändigen Rückkaufes oder der Auslosung. Die Verminderung des Nennbetrages geschieht der äußeren Form nach durch Abstempelung für einen niedrigeren Betrag oder durch Umtausch gegen neue Aktien von niedrigerem Nennbetrage.

Eine besonders erwähnenswerte Maßregel der Durchführung der Kapitalsherabsetzung ist die Zusammenlegung von Aktien.

Der Inhalt des Zusammenlegungsbeschlusses geht dahin, daß mehrere Aktien fortan nur noch die Bedeutung einer geringeren Anzahl haben sollen. Wer z. B. drei Aktien besitzt, soll fernerhin nur noch in Höhe von einer Aktie (oder zwei Aktien) bei der Gesellschaft als beteiligt gelten. Zur Durchführung dieser Transaktion wird gewöhnlich beschlossen, daß diejenigen, welche bis zu einem gewissen Zeitpunkte ihre Aktien zur Abstempelung nicht eingereicht haben, sich gefallen lassen müssen, daß die Gesellschaft für je drei Aktien eine neue ausfertigt, dieselbe veräußert und den Erlös bei sich verwahrt für die betreffenden Aktionäre. Auch in dieser scharfen Form hat RG. 36, S. 134, den Zusammenlegungsbeschluß für gültig erklärt. Immerhin ist hiebei an eine Enteignung gegen Entschädigung gedacht;

Digitized by Google

ein Beschluß, durch welchen den die Aktien nicht rechtzeitig einreichenden Aktionären einfach ihre Mitgliedschaft entzogen wird, ist dagegen auch nach Ansicht des Reichsgerichtes ungültig (RG. 37, S. 131); in seinem Urteile vom 16. Dezember 1896 in J. W. 1897, S. 113, modifiziert und präzisiert das Reichsgericht dies dahin, daß dieser Teil des Beschlusses, also das Präjudiz ungültig und wirkungslos ist. Die Rechtsgültigkeit solcher Zusammenlegungsbeschlüsse (die jetzt im § 290 d. HGB. anerkannt ist) war von jeher bestritten. Wir haben uns in den früheren Auflagen dieses Werkes gegen die Gültigkeit solcher Beschlüsse ausgesprochen, da wir das Prinzip der Gleichberechtigung der Aktionäre und auch den Art. 219 durch solche Beschlüsse für verletzt erachten. Wir verweisen zur näheren Begründung unseres Standpunktes auf die 4. Auflage dieses Werkes S. 618 und begnügen uns hier, die Autoritäten dafür und dagegen aufzuzählen. Gegen die Zulässigkeit sind ROHG. 20, S. 96, 25, S. 262 und im Gutachten des Plenums in GZ. 21, S. 445; Ring, Anm. 4; Völderndorff, S. 752; Petersen und Pechmann, S. 288; Esser in Busch Archiv 47, S. 306; Lehmann II., S. 627; Randa II., S. 189; dagegen auch Canstein I., S. 561; für die Zulässigkeit Makower; Kayser; Hergenhahn, S. 239; Herz bei Holdheim 4, S. 249; Holdheim in seiner Monatsschrift 4, S. 327; Oberstes LG. München bei Holdheim 1, S. 107; RG. 36, S. 35, 37, S. 131, 38, Nr. 27; Kammergericht Berlin bei Holdheim 6, S. 129. Bloß dann ergeben sich gegen die Zulässigkeit dieses Vorganges keine Bedenken, wenn die betroffenen Aktionäre ihre Zustimmung erteilen oder wenn das Urstatut (oder das vor Zeichnung der betroffenen Aktien abgeänderte Statut) die Aktionäre verpflichtet, ihre Aktien behufs Zusammenlegung herzugeben und die Aktionäre, welche die erforderliche Anzahl von Aktien nicht im Besitze haben, vor die Wahl stellt, sich mit dem Bruchteile an einer Aktie zu begnügen oder sich mit dem Werte des Bruchteiles der neuen Aktien abfinden zu lassen (Lehmann a. a. O., S. 627).

Diese Handlungen können, aber müssen nicht nach dem Herabsetzungsbeschlusse mit Zahlungen aus dem Grundkapitale an die Aktionäre verbunden sein. So z. B., wenn Aktien zurückgekauft werden und die Aktionäre als Kaufpreis einen Teil der Gesellschaftsaktiven erhalten, die vor dem Herabsetzungsbeschlusse durch die frühere Grundkapitalsziffer gebunden waren, oder wenn dem Aktionär aus diesem Teile des Gesellschaftsvermögens eine Entschädigung dafür gewährt wird, daß er seine Aktien gegen solche von niedrigerem Nennbetrage eintauscht. Diese Zahlungen haben jedoch mit der Durchführung der Grundkapitalsherabsetzung nichts zu tun. Dieselbe ist bloß von der Tatsache abhängig, daß die Zahl der Aktienrechte oder der Nennbetrag der Aktien gemindert wird. Nur hiedurch wird die durch die Statutenänderung gestörte Übereinstimmung zwischen dem statutenmäßigen Grundkapitale und den tatsächlichen Faktoren, nach welchen sich die Höhe des Grundkapitals bestimmt, wieder hergestellt. Die Größe des Gesellschaftsvermögens ist aber, wie schon oft betont, kein solcher Faktor. Hiedurch erledigt sich die Bemerkung Simons (S. 215), daß eine Herabsetzung durch die Rückzahlung des Grundkapitals ohne tatsächliche Rückzahlung nicht denkbar ist; es gibt überhaupt keine Herabsetzung durch Rückzahlung des Grundkapitals, sondern bloß eine Herabsetzung zum Zwecke der Rückzahlung des Grundkapitals. Daher ist auch der Konstruktion Rehms (S. 411) nicht beizustimmen, daß die Rückzahlung des Grundkapitals einen möglichen Bestandteil der Durchführung der Kapitalsherabsetzung bildet. Die Kapitals-

Digitized by Google

herabsetzung ist durchgeführt, wenn die Aktien, die einzuziehen sind, eingezogen sind (im Wege des freihändigen Ankaufes oder der Zwangsamortisation) oder wenn der Nennbetrag der Aktien herabgemindert worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob den Aktionären die Gegenleistung aus dem Gesellschaftsvermögen entrichtet worden ist oder nicht. Daraus ergibt sich aber auch der weitere Satz, daß die Durchführung der Kapitalsreduktion in jedem Falle sofort nach Wirksamkeit des Herabsetzungsbeschlusses erfolgen kann und die Befolgung der zu Gunsten der Gläubiger erlassenen Schutzvorschriften nicht abgewartet werden muß. Die Abstempelung der Aktien auf einen niedrigeren Nennbetrag oder die Einziehung von Aktien kann sofort erfolgen; durch diese Akte werden ja die Gesellschaftsgläubiger nicht gefährdet; wenn aber hiefür als Gegenleistung die Aktionäre Zahlungen erhalten sollen, die erst nach Einhaltung der Schutzvorschriften erfolgen dürfen, so ist der Anspruch des Aktionärs ein bis zu diesem Zeitpunkte befristeter. (Vergl. Rehm, S. 213; Lehmann II., S. 639.)[6]) Ist die Zahl der Aktienrechte derart herabgemindert oder der Nennbetrag der Aktien derart herabgesetzt, daß die Summe der Nennwerte der Aktien nunmehr der neuen Grundkapitalsziffer entspricht, so ist die beschlossene Kapitalsherabsetzung durchgeführt. Das geltende Recht enthält aber keine Bestimmung, welche einen Zwang für die Aktiengesellschaft ausspricht, diese Durchführung wirklich vorzunehmen oder die erfolgte Durchführung ersichtlich zu machen. Jedoch kann die staatliche Aufsichtsbehörde hier eingreifen. In der Praxis geschieht dies dadurch, daß die Verwaltungsbehörde mit demselben Beschlusse, in dem sie die beschlossene Herabsetzung genehmigt, der Gesellschaft aufträgt, die Durchführung der genehmigten Herabsetzung nachzuweisen und mit dem Nachweise um Änderung des Statutentextes anzusuchen. Diese Änderung des Statutentextes hat eine bloß deklarative Bedeutung; sachlich ist das Statut schon durch den staatlich genehmigten und registrierten Herabsetzungsbeschluß geändert. Dem Gesetze kann es keinesfalls widersprechen, wenn die durch den Generalversammlungsbeschluß nach Genehmigung und Registrierung desselben ipso jure eintretende Änderung des Statutes auch durch Änderung des Textes der die Statuten enthaltenden Urkunde ersichtlich gemacht wird, und wenn sich die staatliche Verwaltungsbehörde auf Grund ihres Aufsichtsrechtes die Genehmigung des jeweils bestehenden Textes der Statutenurkunde vorbehält und diese Genehmigung im vorhinein von der Erfüllung gewisser Bedingungen abhängig macht. Als solche Bedingungen kann die Verwaltungsbehörde entweder bloß die Durchführung der Kapitalsherabsetzung in dem von uns erörterten Sinne oder auch die erfolgte Zahlung an die Aktionäre und den Nachweis der Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften aufstellen. Immer aber ist daran festzuhalten, daß die Änderung des Textes der Statutenurkunde und die Genehmigung oder Unterlassung der Genehmigung des geänderten Statutentextes keine zivilrechtliche Bedeutung hat. Bedenklich ist die Praxis der Gerichte, welche nach der Eintragung des die Statutenänderung bewirkenden Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals noch nachträglich die Eintragung der genehmigten Änderung des Statutentextes vornehmen, und zwar in der Form, daß eingetragen wird: „Es gründet sich die Gesellschaft nunmehr auf die mit

[6]) Bei allen Zahlungen ist es nicht der Fall; z. B. dann nicht, wenn die Aktien aus dem Reingewinne angekauft werden, der sich schon nach der im geänderten Statute enthaltenen Grundkapitalsziffer als ein solcher darstellte.

Digitized by Google

Beschluß des Ministeriums . . . . . auf Grund des staatlich genehmigten Generalversammlungsbeschlusses vom . . . . . geänderten Statuten." Eine solche Eintragung ist im geltenden Handelsgesetzbuche nicht vorgesehen (anders jetzt § 291 d. HGB.), sollte daher von Rechts wegen nicht zugelassen werden.[7])

§ 4. Das Aktienregulativ regelt die Materie im § 18. Es unterscheidet, anknüpfend an die bestehende, oben geschilderte Praxis zwischen staatlicher Genehmigung des Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals und staatlicher Genehmigung des auf Grund dieses Herabsetzungsbeschlusses geänderten Statutentextes. Abs. 1 wiederholt den Inhalt des ersten Absatzes des Art. 248, Abs. 2 setzt die Bedingungen für die staatliche Genehmigung des Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals fest. Diese Bedingungen sind folgende: Nachweis des statutengemäß gefaßten Beschlusses, Begründung der Zweckmäßigkeit der beschlossenen Herabsetzung, Darlegung der finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft und der Vorlage der letzten gesellschaftlichen Bilanz, Klarlegung der geplanten Modalitäten der Herabsetzung (damit ist nicht gesagt, daß die Generalversammlung diese Modalitäten beschließen muß; vergl. oben § 3). Abs. 3 und 4 bestimmen, daß nach durchgeführter Kapitalsherabsetzung um Genehmigung der entsprechenden Änderung des Statutentextes anzusuchen ist. Die Sanktion dieser Vorschrift enthält § 49, Abs. 6, wo gesagt ist, daß, solange nicht die Grundkapitalsreduktion nach § 18 durchgeführt ist, in der Bilanz das Grundkapital in der im ursprünglichen Statute festgesetzten Höhe anzuführen ist. Auch werden die Bedingungen festgestellt, unter denen die Genehmigung des geänderten Statutentextes erteilt wird. Diese Bedingungen sind: Nachweis der Beobachtung der Vorschriften des Art. 243 und eine Bestätigung der Vorstandsmitglieder, daß die Reduktion des Aktienkapitals unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und insbesondere unter Wahrung der zu Gunsten der Gläubiger erlassenen Sperrfrist durchgeführt wurde. Die Absätze 1 bis 4 beziehen sich aber nur auf die Kapitalsherabsetzung zum Zwecke der Rückzahlung an die Aktionäre aus dem Stammvermögen. Abs. 5 des § 18 A. Reg. erklärt die Vorschriften der vorangehenden Absätze auf jeden Fall der statutenmäßigen Herabsetzung des Nominales des Aktienkapitals anwendbar, mag dieselbe durch die Unterlassung der Ausgabe sämtlicher statutenmäßig zu emittierender Aktien, durch den Erwerb eigener Aktien seitens der Gesellschaft, abgesehen von dem Falle einer statutengemäßen sukzessiven Einlösung der Aktien (§ 33), durch Abstempelung des Nominales der Aktien auf Verlust oder durch die Befreiung der nicht voll eingezahlten Aktien von den restlichen statutenmäßigen Einzahlungen bewirkt werden. Diese Bestimmung gibt zu mannigfachen Zweifeln Anlaß, weil sie auf rechtlich nicht zutreffender Grundlage beruht. Das Aktienregulativ unterscheidet, ob die Reduktion des Aktienkapitals durch Rückzahlung des Stammvermögens oder auf die im § 18, Abs. 5 angeführte Art erfolgt. Hier ist nun vorerst zu bemerken, daß die in Abs. 5 erwähnte Befreiung der nicht volleinbezahlten Aktien von der restlichen Einlage sich ebenfalls als eine Rückzahlung aus dem Stammkapital darstellt (vergl. unten § 6). Dann liegt den angeführten

[7]) Die im Texte geschilderte Praxis ist allgemein verbreitet und wurde bereits vor Erlassung des Aktienregulativs geübt. Der Vorgang ist der, daß der Registerrichter bei Eintragung des Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals die Gesellschaft gleich auffordert, seinerzeit um Eintragung des geänderten Statutentextes anzusuchen (vergl. bei Schimkowsky die Formularien 287 und 288).

Digitized by Google

Bestimmungen des Aktienregulativs eine Verwechslung zwischen dem Zwecke der Herabsetzung und der Durchführung derselben zu Grunde. So wird in Abs. 3 und 4 (vergl. insbesondere Z. 3) die Rückzahlung als eine Art der Durchführung der Herabsetzung angesehen; daß diese Anschauung nicht zutreffend ist, haben wir bereits früher darzulegen versucht. Immerhin hat diese rechtlich nicht zutreffende Anschauung keine praktischen Schwierigkeiten zur Folge; denn in Abs. 4 des § 18 muß die Vorschrift erblickt werden, daß in dem Falle, als Rückzahlungen aus dem Stammvermögen den Zweck der beschlossenen Kapitalsherabsetzung bilden, vor Änderung des Statutentextes die Realisierung dieses Zweckes, also die erfolgte Rückzahlung unter Beobachtung der im Handelsgesetzbuche aufgestellten Schutzvorschriften auf die im Aktienregulativ angegebene Art und Weise nachgewiesen sein muß. Es könnte aber der Wortlaut des § 18 den Anschein erwecken, als wäre dieser Nachweis im Falle der Herabsetzung des Grundkapitals zum Zwecke der Rückzahlung des Stammvermögens genügend, um die Genehmigung des geänderten Statutentextes zu bewirken. Wenn der letzte Absatz des § 18 vorschreibt, daß auf die in diesem Absatze genannten Arten der Kapitalsherabsetzung die Vorschrift der vorangehenden Absätze sinngemäße Anwendung finde, so kann dies in Ansehung der im 5. Absatze erwähnten Abstempelung des Nominales der Aktien auf Verlust und des dort erwähnten Erwerbes eigener Aktien nur die Bedeutung haben, daß, ehe die Grundkapitalsziffer im neuen Statutentexte geändert ist, die Einziehung der Aktien aus dem Verkehre erfolgt sein und die Verringerung des Nominalbetrages durch die Abstempelung ersichtlich gemacht sein muß (Rehm, S. 418). Eine Verringerung des Nominalbetrages der Aktien oder eine Verringerung der Anzahl der Aktienrechte ist aber das einzige und notwendige Element der Durchführung jeder Kapitalsherabsetzung, gleichgültig, zu welchem Zwecke dieselbe erfolgt. Es gibt keine andere Art der Durchführung der Kapitalsherabsetzung. Dasjenige, was also das Aktienregulativ für gewisse Arten der Durchführung der Kapitalsherabsetzung vorschreiben wollte, hat es tatsächlich für alle Arten der Kapitalsherabsetzung vorgeschrieben. Der Inhalt der Vorschrift, welche § 18 A. Reg. enthält — soweit dieselbe nicht schon im Handelsgesetzbuche enthalten ist — ist demnach folgender: Nach Rechtswirksamkeit des Beschlusses auf Kapitalsherabsetzung ist die Genehmigung der Änderung des Statutentextes zu bewirken. Die Bedingungen für diese Genehmigung bestehen darin, daß für den Fall, als die Durchführung der Herabsetzung durch Verringerung der Zahl der Aktien erfolgen soll, die betreffenden Aktien tatsächlich aus dem Verkehre gezogen sind, für den Fall, als die Durchführung durch Verringerung des Nominalwertes der Aktien erfolgen soll, die durch den Herabsetzungsbeschluß eingetretene Verringerung tatsächlich ersichtlich gemacht ist; ist der Zweck der Kapitalsherabsetzung Rückzahlung aus dem Stammvermögen, so ist vor Änderung des Statutentextes auch nachzuweisen, daß die Rückzahlungen unter Beobachtung der bestehenden Schutzvorschriften tatsächlich erfolgt sind.

§ 5. Über die Rechtswirkungen, die eintreten, wenn durch die Herabsetzung des Grundkapitals der Nennwert der Aktien unter den vom Aktienregulativ festgesetzten Minimalnennwert sinkt, wurde bereits gesprochen (vergl. § 29 zu Art. 207).

§ 6. 5. **Zahlungen auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses.** Für die Gläubiger der Aktiengesellschaft ist von den gesellschaftlichen Aktiven stets ein solcher

Digitized by Google

Betrag zu reservieren und daher von der Verteilung an die Aktionäre auszuschließen, der der Höhe der im Statute angegebenen Grundkapitalsziffer gleichkommt. Ist die Höhe der vorhandenen Aktiven eine größere als die Grundkapitalsziffer, so darf nur der Überschuß verteilt werden. Ist sie ebenso groß, so findet gar keine Verteilung statt. Ist sie niedriger, so findet solange keine Verteilung an die Aktionäre statt, bis die vorhandenen Aktiven durch den hinzugekommenen Betriebsgewinn so vermehrt werden, daß sie die Höhe der Grundkapitalsziffer überschreiten. Bis dies der Fall ist, muß der Betriebsgewinn zurückgehalten und von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen werden. Dieser allgemeine Rechtssatz ist nicht erst im Art. 248 ausgesprochen, sondern bereits in Art. 216 und 217 enthalten. Jede statutenmäßige Herabsetzung des Grundkapitals bewirkt daher eine Benachteiligung der Gläubiger. Denn sie bewirkt, daß der für sie zu reservierende Fonds geringer wird. Umgekehrt setzt demnach die Zulässigkeit jeder Zahlung an die Aktionäre, die auf Grund einer in einem gegebenen Zeitpunkte bestehenden statutenmäßigen Höhe des Grundkapitals nicht zulässig wäre, eine statutenmäßige Herabsetzung des Grundkapitals voraus. Solche Zahlungen, die erst durch die statutenmäßige Herabsetzung des Grundkapitals zulässig geworden sind, bezeichnen wir im Einklange mit dem Sprachgebrauche des deutschen Handelsgesetzbuches (§ 289) und des § 57 GmbHG. als Zahlungen auf Grund der beschlossenen Herabsetzung des Grundkapitals. Solche Zahlungen können sein: 1. Zahlungen aus dem Betriebsgewinne, der erst durch den Umstand, daß die statutenmäßige Ziffer des Grundkapitals eine geringere geworden ist, ein bilanzmäßiger und daher verteilungsfähiger Gewinn geworden ist. 2. Zahlungen aus dem Stammvermögen, wie es zur Zeit der beschlossenen Kapitalsherabsetzung bestanden hat. Die Zulässigkeit von Zahlungen der ersterwähnten Art ist die mögliche Wirkung einer jeden statutenmäßigen Grundkapitalsherabsetzung. Die Zulässigkeit der Zahlungen der zweiterwähnten Art ist nur dann eine Folge der statutenmäßigen Herabsetzung des Grundkapitals, wenn die Grundkapitalsziffer soweit herabgesetzt wird, daß der Wert der zur Zeit der Herabsetzung vorhandenen Gesellschaftsaktiven die in ihrem Betrage nunmehr herabgeminderte Grundkapitalsziffer übersteigt. Der überschießende Betrag der Aktiven wird nun an die Aktionäre verteilbar; wenigstens ist dessen Unverteilbarkeit nicht durch gesetzliche Vorschrift ausgesprochen.[8]) Art. 248 bestimmt, daß eine teilweise Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erst dann statthaft ist, wenn die Bestimmungen befolgt werden, die für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung der Gesellschaft vorgeschrieben sind (Sperrfrist, Gläubigerkonvokation). Bezieht sich dies auf alle Zahlungen auf Grund der erfolgten Herabsetzung des Grundkapitals oder bloß auf Zahlungen der zweiterwähnten Art? Da in der Theorie die Grundkapitalsherabsetzung,

[8]) Dies ist als wichtig zu betonen, zumal der Fall möglich ist, daß mit dem Beschlusse auf Herabsetzung des Grundkapitals gleichzeitig ein Beschluß gefaßt wird, daß von den Gesellschaftsaktiven, die durch die nunmehr herabgeminderte Grundkapitalsziffer nicht mehr gebunden werden, ein Reservefonds dotiert wird. In diesem Falle bleibt zwar nach wie vor derselbe Teil des Gesellschaftsvermögens von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen, aber die Ausschließung bis zu jenem Betrage, der der Ziffer des neu geschaffenen Reservefonds entspricht, ist keine gesetzliche, sondern eine statutarische. Wird durch Statutenänderung die Auflösung des Reservefonds beschlossen, so sind die Zahlungen, welche aus dem nunmehr freigewordenen Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre geleistet werden, noch immer Zahlungen, die auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals geleistet werden.

Digitized by Google

welche zu Zahlungen in der zweiterwähnten Art Anlaß gibt, als eine effektive bezeichnet und derjenigen Grundkapitalsherabsetzung, welche bloß den Zweck hat, die statutenmäßige Höhe des Grundkapitals mit den faktisch vorhandenen Aktiven in Einklang zu bringen, als der nominellen gegenübergestellt wird, so wird die Frage gewöhnlich so gestellt, ob die Schutzvorschrift des Art. 248 bloß auf Zahlungen auf Grund einer effektiven oder auch auf Zahlungen auf Grund einer nominellen Grundkapitalsherabsetzung Anwendung findet (im ersteren Sinne AdlGl. 1573; im anderen Sinne AdlGl. 1849; Canstein I., S. 563; Blaschke-Pitreich, S. 234; Reisch und Kreibig II., S. 27; Reisch in W. Z. 28, S. 723).[9])

Wir müssen die Frage dahin beantworten, daß alle Zahlungen an die Aktionäre, die erst auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses zulässig geworden sind (so auch Randa II., S. 197), erst nach Beobachtung der in Art. 248 aufgestellten Schutzvorschriften erfolgen dürfen. Hiezu führt einmal die Interpretation des Art. 248. Der Ausdruck des Art. 248: „Teilweise Rückzahlung des Grundkapitals" kann nicht wörtlich aufgefaßt werden; denn das Grundkapital ist kein reales Vermögensobjekt, keine Summe von solchen Objekten, sondern bloß eine rechnungsmäßige Ziffer; eine Ziffer aber kann nicht zurückgezahlt werden. Die Worte des Art. 248, wenn sie überhaupt einen Sinn geben sollen, können also nur bedeuten: Rückzahlungen aus Aktiven der Gesellschaft, die durch die Grundkapitalsziffer gebunden sind. Diese Zahlungen dürfen nach Vorschrift des Art. 248 erst dann erfolgen, wenn die betreffenden Aktiven durch Herabsetzung der Grundkapitalsziffer frei geworden und gewisse Schutzvorschriften beobachtet worden sind. Jede solche Zahlung ist aber, betrachtet nach dem Inhalte des Statutes, vor Herabsetzung der Grundkapitalsziffer eine Rückzahlung, auch wenn sie aus Aktiven erfolgt, die sich faktisch als Ergebnis des Betriebsgewinnes darstellen; bilanzmäßig und rechtlich sind sie durch die Änderung der Grundkapitalsziffer Gewinn geworden; nach der alten Grundkapitalsziffer sind sie rechtlich und bilanzmäßig nicht Gewinn gewesen, sondern gehörten zu jenen Aktiven, die zur Deckung der Grundkapitalsziffer bestimmt waren. Die Ausfolgung solcher Aktiven an die Aktionäre aber nennt das Gesetz Rückzahlung des Grundkapitals. Es sind auch die schutzbedürftigen Interessen der Gläubiger bei allen Zahlungen, die hier in Betracht kommen, dieselben. Die Lage der Gläubiger wird in derselben Weise gefährdet, wenn die Gesellschaft auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses Teile des Stammkapitals, sowie sie durch die herabgesetzte Grundkapitalsziffer frei geworden sind, auszahlt, und wenn sie nach dem Herabsetzungsbeschlusse Betriebsgewinn als Dividende verteilt, den sie ohne Herabsetzungsbeschluß als Deckungsfonds bis zur Höhe des ursprünglichen Grundkapitals hätte verwenden müssen, da das zur Zeit des Herabsetzungsbeschlusses bestehende Gesellschaftsvermögen nicht mehr genügend groß war, um die Grundkapitalsziffer zu decken. Es ist nicht abzusehen, warum das Handelsgesetzbuch diese beiden, wirtschaftlich vollkommen gleichen Fälle rechtlich verschieden hätte regeln sollen. Bemerkt mag noch werden, daß die Erlassung rückständiger, auf die Aktien zu zahlender Beträge jedenfalls als eine Rückzahlung des Stammvermögens sich darstellt; denn die, einen Bestandteil

[9]) Die Äußerungen der deutschen Judikatur und Literatur über diese Frage können hier übergangen werden, da sie zumeist den Art. 248 in der durch die Aktiennovelle vom Jahre 1870 und 1884 geänderten Fassung zum Gegenstande haben.

Digitized by Google

des Vermögens der Gesellschaft bildenden Forderungen gegen die Aktienzeichner werden durch den Erlaß aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden. Daher ist die Liberierung bis zum Zeitpunkte der Erfüllung der Gläubigerschutzvorschriften betagt, das heißt durch den Herabsetzungsbeschluß erlischt nicht die Einlagepflicht, aber die fällige Einlagepflicht ist zu einer betagten geworden; sie wird gestundet (Rehm, S. 410; Reisch und Kreibig II., S. 25; Lehmann II., S. 623; Benoni in GZ. 1870, S. 14; Esser in Busch Archiv, Bd. 29, S. 307 u. a. m.).[10])

Die Auslegung des Art. 248 führt also zum selben Ergebnisse, wie die Vorschrift des § 289, Abs. 4 d. HGB., daß Zahlungen auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses erst nach Beobachtung der zu Gunsten der Gläubiger aufgestellten Schutzvorschriften erfolgen dürfen.[11]) Die Zahlungen, die erst durch den Herabsetzungsbeschluß zulässig werden, sind zu unterscheiden von jenen Zahlungen, die durch den Herabsetzungsbeschluß veranlaßt werden: z. B. Einlösung der nach dem Herabsetzungsbeschlusse einzuziehenden Aktien aus dem Reingewinne, der bereits nach der alten Grundkapitalsziffer diesen Charakter hatte. Die Zulässigkeit dieser Zahlungen ist von der Beobachtung keinerlei Schutzvorschriften abhängig; sie verschlechtert ja auch nicht die Lage der Gesellschaftsgläubiger; denn die Aktiven, die zu diesen Zahlungen verwendet werden, waren auch nach der ursprünglichen Grundkapitalsziffer nicht zu Gunsten der Gläubiger gebunden. Aus der Bestimmung, daß Zahlungen auf Grund des Herabsetzungsbeschlusses erst nach Beobachtung gewisser Schutzvorschriften zulässig sind, folgt nicht, daß die zur Durchführung der Grundkapitalsherabsetzung notwendigen Maßregeln bis zu diesem Zeitpunkte aufgeschoben werden müssen. Die Aktien können daher sofort eingezogen oder auf einen niedrigeren Nominalbetrag abgestempelt werden, bloß das Entgelt hiefür — wenn es nicht aus einem Teile des Reingewinnes besteht, der bereits nach dem alten Statute an die Aktionäre verteilt werden durfte — darf erst nach Erfüllung der Schutzvorschriften an die Gläubiger bezahlt werden.

6. Die **Schutzvorschriften** für die Gläubiger sind dieselben, wie in Art. 243 und 245, auf welche hier verwiesen werden kann. Die Sperrfrist ist auch hier durch die KaisV. vom 21. Juli 1873, RGBl. Nr. 114, auf drei Monate herabgesetzt. Bei Hypotheken ist selbständig zu prüfen, ob die bestellte Sicherheit auch unter Voraussetzung der Kapitalsreduktion noch sicher ist (vergl. § 3 zu Art. 245). An sich werden die Gläubigerrechte auch durch die Herabsetzung nicht geändert, insbesondere werden befristete Forderungen nicht fällig (ROHG. 25, S. 260). Nach Erfüllung dieser Schutzvorschriften können Zahlungen an die Aktionäre, die an sich durch den Herabsetzungsbeschluß zulässig geworden sind, erfolgen, auch wenn zu dieser Zeit die Durchführung der Grundkapitalsherabsetzung noch nicht erfolgt ist. **§ 7.**

[10]) Mit Unrecht wird im § 18 A. Reg. die Grundkapitalsherabsetzung durch Rückzahlung des Grundkapitals der Grundkapitalsherabsetzung durch Erlassung rückständiger Einlagen gegenübergestellt (vergl. oben § 3).

[11]) Mit der im Texte wiedergegebenen Redaktion des § 289, Abs. 4 d. HGB. sollte auch keine materielle Änderung des bestehenden Rechtes, sondern bloß die Lösung der durch die unklare Fassung des Art. 248 hervorgerufenen Zweifel bezweckt werden. Die durch die Aktiennovellen vom Jahre 1870 und 1884 verfügten Änderungen in der Fassung des Art. 248, die neben der Kapitalsherabsetzung die Kapitalsrückzahlung besonders erwähnen und beide den gleichen Vorschriften unterstellen, hatten den wirklichen Sinn des Art. 248 nicht genügend klargestellt (vergl. Denkschrift, S. 165).

Digitized by Google

§ 8. 7. **Die Frage nach der Haftung** derjenigen, die Zahlungen aus dem Grundkapitale gegen die Vorschrift des Art. 248 leisten (Abs. 3), erledigt sich durch die Bemerkungen bei § 7 zu Art. 241.

Exkurse zu Art. 248.

1. Über Aktienamortisation.[12])

Einleitung. Die Einziehung der Aktienrechte (Amortisation) ist im Handelsgesetzbuche nicht geregelt (§ 227 d. HGB. enthält hierüber Bestimmungen). Die hier in Betracht kommenden Fragen lassen sich nur auf Grund der allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und insbesondere auf Grund der Bestimmungen des Art. 248 beantworten.

§ 1. 1. **Begriff, Arten und wirtschaftliche Funktion der Amortisation.** Unter Amortisation oder Einziehung von Aktien versteht man solche Rechtsakte der Gesellschaft, durch welche einzelne Aktienrechte nichtig werden oder untergehen. Sie ist wesentlich verschieden von der Kaduzierung, die sich gegen den Aktionär, nicht gegen das Aktienrecht richtet; der Aktionär geht bei der Kaduzierung seines Anteilrechtes verlustig, dieses selbst besteht fort. Sie ist ferner wesentlich verschieden von der Amortisation oder Kraftloserklärung der Aktienurkunde, die weder das Anteilsrecht noch den Berechtigten verändert, sondern sich nur gegen die verlorene Urkunde richtet.

Die Amortisation erfolgt entweder als Durchführung eines Beschlusses auf Herabsetzung des Grundkapitals (über diesen Fall siehe Vorbemerkungen zu Art. 248) oder ohne solchen vorangegangenen Beschluß als selbständige Amortisation. Erfolgt die Amortisation durch freiwillige Hergabe der Aktien, insbesondere durch Ankauf derselben mit der Absicht, die Aktienurkunde zu vernichten, so spricht man von freiwilliger Amortisation. Nach § 33, Abs. 2 A. Reg. kann die Einziehung der Aktienrechte durch freihändigen Ankauf im Statute nur für den Fall vorgesehen werden, daß die Aktien unter dem Nennwerte erhältlich sind. Erfolgt die Einziehung der Aktienrechte unabhängig von dem Willen des einzelnen Aktionärs durch Auslosung oder Kündigung, so spricht man von einer Zwangsamortisation. Die allmähliche Amortisation aller Aktien ist eine wirtschaftliche Notwendigkeit bei Unternehmungen, deren Anlagekapital allmählich durch den Betrieb aufgezehrt wird (z. B. Bergwerksunternehmungen), und bei Unternehmungen, deren Anlagekapital aus ihrer Natur nach zeitlich beschränkten Rechten besteht (Patentverwertungs-Aktiengesellschaft), ferner bei solchen Unternehmungen, deren Anlagekapital nach Auflösung der Gesellschaft von derselben nicht verwertet werden kann, da es nach Ablauf der Konzessionsdauer an Staat oder Gemeinde ohne Entgelt anheimfällt (z. B. Eisenbahnen, Tramwaygesellschaften), sogenannte heimfällige Unternehmungen.[13])

Gesellschaften dieser Art müssen, um ihr Grundkapital aufbringen zu können, dafür sorgen, daß den Aktionären schon während des Bestehens

[12]) Literatur: vergl. insbesondere Reisch, „Über Aktienkapitalsherabsetzungen im allgemeinen und Aktienkapitalsamortisationen bei heimfälligen Unternehmungen im besonderen", W. Z. 28, S. 717 ff.; Hirschland, „Die Einziehung von Aktien" (München, 1908).

[13]) Nur letztgenannte Unternehmungen können eigentlich als „heimfällige" Unternehmungen bezeichnet werden (Reisch a. a. O., S. 733). Der Wortlaut des § 33, Abs. 1, A. Reg. bezieht sich allerdings nicht direkt auf diese Art Unternehmungen (Rehm, S. 445). Es ist aber kein Zweifel, daß § 33, Abs. 1, unter den Gesellschaften, deren Vermögen aus zeitlich beschränkten Rechten besteht, auch die letzterwähnte Gattung von Unternehmungen mitinbegreift.

Digitized by Google

der Gesellschaft ihre Einlage zurückgezahlt wird, da die Aktionäre wissen, daß nach Auflösung der Gesellschaft für sie kein Liquidationserlös vorhanden ist. Bei Aktienunternehmungen, bei denen der Gegenstand des Unternehmens durch den Betrieb nicht aufgezehrt wird, z. B. bei Banken, ist die sukzessive Amortisation aller Aktien kein Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit. Wenn sie trotzdem erfolgt, so geschieht dies nur, um den Gewinnanteil der übrig gebliebenen Aktionäre zu erhöhen. Die Zulässigkeit der Amortisation ist nach den bestehenden Gesetzen nicht von deren wirtschaftlicher Notwendigkeit abhängig. Das Aktienregulativ nimmt einen anderen Standpunkt ein und gestattet gemäß § 33 die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, wonach eine sukzessive Einlösung der Aktien vorzunehmen ist, nur bei Aktienunternehmungen der ersterwähnten Art.

2. **Die Zulässigkeit der Aktienamortisation.** Hiebei ist zu unterscheiden zwischen den durch die Amortisation berührten Interessen der Aktionäre und denen der Gesellschaftsgläubiger. § 2.

a) Die Interessen der Aktionäre. Im Falle der freiwilligen Amortisation werden die Interessen der Aktionäre durch die Amortisation nicht berührt, da es ja jedem Aktionär freisteht, seine Aktien zum Zwecke der Vernichtung herzugeben oder nicht. Im Falle der Zwangsamortisation ist notwendig, daß der Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Anordnung enthält, und zwar muß die betreffende Statutenbestimmung vor Zeichnung der betreffenden Aktie getroffen sein (Lehmann II., S. 138; Rehm, S. 422, Hirschland, S. 19). § 3.

Gleichgültig ist dabei, ob die Amortisation aus dem verfügbaren Jahresgewinne oder aus sonstigen Mitteln erfolgt. Eine jede Art von Zwangsamortisation ist ein Eingriff in das Recht des Aktionärs, der nur dann der Gerechtigkeit entspricht, wenn sich der Aktionär vorher demselben unterworfen hat. Mit dem Willen derjenigen Aktionäre, die von der Amortisation getroffen werden, kann die Statutenänderung gültig auch nach Ausgabe der Aktien vorgenommen werden, da es sich hiebei nur um den Schutz der getroffenen Aktionäre handelt (Cosack, S. 666, 2b; Pinner, S. 124).

b) Die Interessen der Gläubiger werden durch eine Amortisation, ob nun Zwangs- oder freiwillige Amortisation, berührt, wenn die Amortisation aus dem Grundkapitale erfolgt, also zur Amortisation Aktiva verwendet werden, durch welche die Schulden und die Grundkapitalsziffer zu decken sind. Man kann der Amortisation aus dem Grundkapitale nicht die Amortisation aus dem bilanzmäßigen Reingewinne gegenüberstellen, da auch eine Amortisation aus einem Reservefonds nicht eine Amortisation aus dem Grundkapitale, aber auch keine solche aus dem bilanzmäßigen Reingewinne darstellt. (Über Verwendung von Reservefonds zu Amortisationszwecken siehe unten § 7.) Erfolgt die Amortisation nicht aus dem Grundkapitale, so bedarf es keiner Beobachtung von Schutzvorschriften zu Gunsten der Gläubiger; denn es liegt die in Art. 248 vorgesehene Rückzahlung des Grundkapitals nicht vor. Es genügt, daß die Amortisation im Statute, wenn auch im nachträglich abgeänderten Statute, gestattet ist. Dies ist allerdings notwendig, auch wenn bloß eine freiwillige Amortisation stattfindet. Denn es kann der Gesellschaft nicht gestattet sein, nach Belieben einen der Faktoren, die zusammen die statutenmäßige Grundkapitalsziffer bilden, zu verändern. Wenn auch, wie unten § 4.

Digitized by Google

hervorgehoben ist, die Amortisation an und für sich noch keine Herabsetzung der Grundkapitalsziffer bewirkt, so hat sie doch regelmäßig eine solche zur Folge, und die Gesellschaft, welche ohne statutenmäßige Gestattung Amortisationen ihrer Aktien vornimmt, verrückt damit die Grundlagen, die ihr durch das Statut gesetzt sind. Soll dagegen die Amortisation aus dem Grundkapitale erfolgen, so liegt Rückzahlung des Grundkapitals im Sinne des Art. 248 vor, und die Amortisation wäre erst zulässig, wenn ein Beschluß auf Herabsetzung des Grundkapitals, und zwar um den Betrag, der zur Einziehung der Mitgliedschaftsrechte verwendet werden soll, gefaßt wird und die zu Gunsten der Gläubiger erlassenen Schutzvorschriften beobachtet werden. (So auch A. Reg. § 18, letzter Absatz und § 33, Abs. 2, Z. 1.)[14])

Es ist aber zu beachten, daß bei Unternehmungen, deren Anlagekapital durch den Betrieb aufgezehrt wird oder deren Anlagekapital aus zeitlich beschränkten Rechten besteht oder nach einer gewissen Zeit ohne Entgelt an den Staat heimfällt, von einem bilanzmäßigen Gewinne erst gesprochen werden kann, wenn bei der Bewertung des Stammaktivums dem Umstande der durch den Zeitverlauf eintretenden Wertverminderung (der objektiven Wertverminderung oder der Wertverminderung für die Gesellschaft) Rechnung getragen erscheint. Es muß also entweder bei der Bewertung des Anlagekapitals eine entsprechende Abschreibung vorgenommen oder auf der Passivseite der Bilanz ein entsprechender Erneuerungsfonds eingesetzt werden (Reisch a. a. O., S. 733). Erst wenn, trotzdem die Aktivpost „Anlagekapital" durch die erwähnte Abschreibung gemindert ist, oder trotzdem die Passiven durch die Passivpost „Erneuerungskonto" vermehrt sind, die Aktiven einen Überschuß über die Passiven ergeben, ist ein zur Aktienamortisation verwendbarer Reingewinn vorhanden (vergl. Rehm, S. 430). Wir haben hier überall der Einfachheit halber von dem Vorhandensein eines Reservefonds abgesehen (hierüber unten § 8). Über die Art der Bilanzierung, durch die bei heimfälligen Unternehmungen verhindert werden soll, daß Amortisationen aus anderen Mitteln als aus dem bilanzmäßigen Reingewinne erfolgen, siehe Rehm, S. 445 ff. Gegen die eben angeführten Grundsätze fehlt die Praxis der Aktiengesellschaften, deren Unternehmungen nach und nach durch Substanzverlust aufgezehrt werden und die heimfällige Unternehmungen betreiben, oft, indem sie statt aus dem bilanzmäßigen Reingewinne Amortisationen aus dem Rohertrage vornehmen (vergl. hierüber Reisch a. a. O., S. 734).

§ 5. 3. **Die Amortisation ist erfolgt** im Falle der Auslosung mit der statutenmäßigen Verkündung des Ergebnisses der Verlosung. Geschieht die Amorti-

[14]) § 18, letzter Absatz, erklärt die Beobachtung der Vorschriften über teilweise Rückzahlung des Grundkapitals für überflüssig, wenn es sich um eine statutenmäßige sukzessive Einlösung von Aktien handelt. § 49, Abs. 6, hinwiederum schreibt vor, daß auch bei statutenmäßig vorgesehener Einlösung von Aktien aus dem Reingewinne das Grundkapital solange in der statutenmäßigen Höhe unter den Passiven der Bilanz anzuführen ist, als nicht eine Reduktion dieses Grundkapitals unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften und der Vorschriften des Aktienregulativs durchgeführt ist. Es liegt hier bloß ein scheinbarer Widerspruch vor. Das Aktienregulativ unterscheidet nämlich ganz richtig zwischen Amortisation und der durch sie veranlaßten Herabsetzung des Grundkapitals. Erstere ist, wenn sie aus dem Reingewinne erfolgt und im Statute vorgesehen ist, ohneweiters zulässig. Die Zulässigkeit der letzteren ist von der Beobachtung der für die Herabsetzung des Grundkapitals sonst bestehenden Vorschriften abhängig.

Digitized by Google

sation im Wege der Kündigung, so ist sie erfolgt, wenn die Kündigung dem betreffenden Aktionär mitgeteilt oder sonst statutenmäßig bekanntgemacht worden ist (Lehmann II., S. 140; Rehm, S. 434). Geschieht die Einziehung im Wege des freihändigen Ankaufes, so ist sie erfolgt, wenn die Aktiengesellschaft die Aktien mit der Absicht, sie zu vernichten, in Empfang genommen hat. Der Empfang allein genügt nicht (dagegen Lehmann II., S. 140). Ebensowenig aber ist physische Vernichtung oder Entwertung notwendig (Rehm, S. 435; dagegen Reisch a. a. O., S. 730; Hirschland, S. 24). Richtig ist allerdings, daß die Absicht, die Aktien zu vernichten, in irgendeiner Weise äußerlich zu tage treten muß. In der Regel wird dies durch die Art der Verbuchung der eingezogenen Aktien erfolgen. Allerdings kann das Statut die erfolgte Einziehung der Aktienrechte von der tatsächlichen Vernichtung der Aktienurkunde abhängig machen. § 33, Abs. 2, Z. 2 verlangt i. f. die Aufnahme einer solchen Statutenbestimmung. Ist dieselbe im Statute enthalten, dann tritt bei der Empfangnahme angekaufter Aktien trotz primärer Vernichtungsabsicht die Erlöschung des Aktienrechtes erst mit der Vernichtung der Aktienurkunde ein (Rehm, S. 444).

4. **Die Wirkung der Amortisation.** **§ 6.**

a) Auf das eingetragene Aktienrecht. Dieses ist durch die vollzogene Amortisation vernichtet. Die gutgläubigen Erwerber amortisierter Aktien haben auf den Schutz des § 371 ABGB. und des Art. 307 HGB. keinen Anspruch, da diese Gesetzesstellen gültige Urkunden voraussetzen (Behrend, § 143, Anm. 15). Die amortisierten Aktien können auch nicht wieder ausgegeben werden. Freilich können die betreffenden Urkunden bei einer Kapitalserhöhung als Träger der neuen Aktienrechte verwendet werden (zust. Behrend, § 143, Anm. 15; Ring, Anm. 10 zu Art. 215 d). Doch wird dabei nur das Papier, nicht auch die sonstigen Modalitäten der Kapitalserhöhung (Generalversammlung usw.) gespart (OLG. Hamburg bei Holdheim 3, S. 80; RG. bei Bolze 18, Nr. 631). — Mit der Aktie sind auch die noch nicht fälligen Dividendenscheine ungültig geworden (vergl. Denkschrift, S. 155). Auch hier kann der redliche Erwerber keine Rechte geltend machen. Sind Aktien oder Dividendenscheine, die auf solche Weise als rechtlich vernichtet zu betrachten sind, unzulässigerweise in den Verkehr gebracht worden, so haftet die Gesellschaft lediglich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen dem gutgläubigen Erwerber für den erwachsenen Schaden.

b) Die erfolgte Einziehung von Aktien verändert an sich noch nicht die statutenmäßige Grundkapitalsziffer (Lehmann II., S. 140; Hirschland, S. 8 ff.; a. M. Staub[8], Anm. 7 zu § 227; Rehm, S. 423). Für das österreichische Recht müssen wir an der an die Spitze gestellten Ansicht festhalten. Nach Art. 209, Z. 4 HGB. ist die Grundkapitalsziffer im Statute festzusetzen und es müssen die Voraussetzungen einer Statutenänderung vorliegen, damit diese Statutenbestimmung abgeändert wird. Nichts berechtigt uns, der bloßen Tatsache, daß die Zahl der Aktienrechte sich verringert, die gleiche Wirkung wie einem Statutenänderungsbeschlusse zuzuschreiben. Auch der Umstand, daß im Statute diese Verminderung der Anteilsrechte bereits vorgesehen ist, kann nicht ausschlaggebend sein. Man kann nicht mit Rehm (S. 424) sagen, daß das Urstatut die Änderung der Grundkapitalsziffer bewirkt;

Digitized by Google

denn die in Rede stehende, im Urstatute enthaltene Bestimmung bringt nur die Absicht der Gesellschaft, ihre Aktien zu amortisieren, zum Ausdrucke. Die Erreichung dieser Absicht ist stets ungewiß, sie ist ja in erster Linie davon abhängig, daß die Gesellschaft durch ihren Betrieb den zur Amortisation notwendigen Reingewinn erzielt (vergl. Reisch a. a. O., S. 722). Auch folgt aus der Tatsache, daß die Grundkapitalsziffer gleich ist der Summe der Nennwerte der einzelnen Aktienrechte, nicht, daß die Änderung in der Anzahl der Aktienrechte ipso jure eine Änderung der Grundkapitalsziffer bewirkt (Lehmann II., S. 140, Anm. 2). Wenn sich einer der Faktoren, die die Grundkapitalsziffer bilden, ändert, so ist dies lediglich eine Veranlassung für die Gesellschaftsorgane, die statutenmäßige Grundkapitalsziffer mit den tatsächlichen Verhältnissen in Einklang zu bringen. Allenfalls kann die Aktiengesellschaft hiezu auch im administrativen Wege verhalten werden (vergl. §§ 32, Abs. 2 und 24 A. Reg.). In diesem Falle wäre es richtig, von einer deklarativen Herabsetzung des Grundkapitals zu sprechen; denn in diesem Falle soll der Statutenänderungsbeschluß die statutenmäßige Grundkapitalsziffer mit den tatsächlichen Verhältnissen in Einklang bringen. (Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, daß die Theorie den Ausdruck „deklarative Grundkapitalsherabsetzung" in einem anderen Sinne gebraucht, vergl. Vorbemerkungen zu Art. 248.) Es liegt auch vom Standpunkte der Interessen des Verkehrs, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger, nichts Bedenkliches darin, daß die Gesellschaft gezwungen ist, einige Zeitlang einen größeren Betrag von Aktiven zu reservieren, als der Summe der noch vorhandenen Mitgliedschaftsrechte entspricht. Wir müssen daher nach unserem Handelsgesetzbuche den Satz aufstellen, daß das ursprüngliche Grundkapital trotz erfolgter Amortisation von Aktien solange in den Passiven der Bilanz anzuführen ist, bis eine statutenmäßige Herabsetzung desselben erfolgt ist. Dies ordnet auch § 49, Abs. 6 A. Reg. an. Hält man daran fest, daß in der Bilanz das Aktienkapital solange unverändert anzuführen ist, bis eine statutenmäßige Herabsetzung desselben erfolgt ist, so erledigt sich von selbst die Frage, ob in der Jahresbilanz ein dem Betrage der im betreffenden Geschäftsjahre amortisierten Aktien entsprechender Reservefonds einzusetzen ist (vergl. hierüber Passow, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der Aktiengesellschaft, S. 83).

§ 7. 5. **Zahlungen auf Grund der Amortisation** können erst erfolgen, wenn die statutenmäßige Grundkapitalsziffer um den Betrag der amortisierten Aktien herabgesetzt ist und die Gläubigerschutzvorschriften beobachtet wurden. Dies ergibt sich aus Art. 248, der zwischen den verschiedenen Fällen der Rückzahlung aus dem Grundkapitale nicht unterscheidet (Lehmann II., S. 620; Reisch a. a. O., S. 725). Bei AdlCl. 980 wurde die Notwendigkeit der Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften für unseren Fall grundsätzlich anerkannt; nur wurde der Ausweis der Erfüllung dieser Vorschriften unzutreffenderweise schon bei der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses verlangt. Bevor dieser Herabsetzungsbeschluß erfolgt ist, ist das statutenmäßige und damit auch das bilanzmäßige Grundkapital dasselbe, wie vor der Amortisation. Bilanzmäßiger Gewinn ist also, bevor der Herabsetzungsbeschluß erfolgt ist, bloß vorhanden, wenn die Aktiven Überschüsse über die noch in ihrer ursprünglichen Größe bestehende Grundkapitalsziffer zuzüglich der

Digitized by Google

Gesellschaftsschulden ergeben. Nur diese Überschüsse dürfen als Gewinn an die Aktionäre verteilt oder zu weiteren Amortisationen verwendet werden. Würde, solange die ursprüngliche Grundkapitalsziffer noch nicht statutenmäßig geändert ist, als Gewinn nicht bloß der Überschuß zwischen den vorhandenen Aktiven und dieser Grundkapitalsziffer, sondern der Überschuß zwischen den vorhandenen Aktiven und der durch die amortisierten Aktien faktisch verringerten Grundkapitalsziffer an die Aktionäre als Dividende verteilt oder zur Einziehung von Aktien ausgezahlt werden, so läge eine nach Art. 248 unzulässige Rückzahlung des Grundkapitals vor; daraus folgt: Hat durch bilanzmäßige Überschüsse einmal eine Amortisation stattgefunden, so kann, ohne die Vorschriften für die Rückzahlung des Grundkapitals zu beobachten, eine weitere Amortisation nicht erfolgen, wenn die Gesellschaft nicht nach der ersten Amortisation neuen Gewinn in ihrem Betriebe erzielt hat (vergl. Reisch a. a. O., S. 729). Denn die einmal vorhandenen Bilanzüberschüsse wurden bereits zur Amortisation verwendet; Bilanzen nach erfolgter Amortisation werden aber nur einen Überschuß ergeben, wenn in der Zwischenzeit Betriebsgewinn erzielt wurde; denn die bloße Tatsache der Amortisation bewirkt nicht, daß sich nach der Amortisation ein Bilanzüberschuß ergeben kann, der nicht auch schon vor der Amortisation als solcher vorhanden war. Gegen Rehm (S. 443), der für das österreichische Recht die gegenteilige, auch in der Praxis zumeist gebilligte Ansicht vertritt, mit der Begründung, daß Art. 248 nur eine Rückzahlung trifft, welche in einer teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals besteht, und nicht eine Rückzahlung trifft, welche teilweise Rückzahlung des Grundkapitals bewirkt, verweisen wir auf unsere Ausführungen bei § 6 zu Art. 248 über den Begriff der Rückzahlung des Grundkapitals.

Ist man der Ansicht, daß sich die Grundkapitalsziffer sofort mit der erfolgten Amortisation um den Betrag der amortisierten Aktien verringert, sohin in der der Amortisation folgenden Jahresbilanz nur mehr das entsprechend verminderte Grundkapital anzusetzen ist, so ergibt sich folgende Konsequenz: Stellt sich die Bilanz einer Aktiengesellschaft in einem gegebenen Zeitpunkte so dar, daß Aktiven im Werte von 12.000 Kronen und Passiven (hier nur aus dem Aktienkapitale bestehend gedacht) im Betrage von 10.000 Kronen sich ergeben, so könnte von dem statutenmäßigen Bilanzgewinne von 2000 Kronen eine zehnprozentige Dividende verteilt werden und der übrige Teil könnte zur Aktienamortisation verwendet werden. Nehmen wir an, es hätte in dem der Amortisation folgenden Geschäftsjahre die Aktiengesellschaft keinen Betriebsgewinn erzielt, so würde die nächste Bilanz 10.000 Kronen Aktiven und Passiven (Aktienkapital) im Betrage von 9000 Kronen ergeben. Es ergibt sich sohin, ohne daß die Aktiengesellschaft Geschäfte gemacht hat, wieder ein Gewinn von 1000 Kronen, der bis zur Hälfte zur Dividendenzahlung und zur Hälfte zu weiteren Amortisationen verwendet werden könnte usw. Auf diese Weise könnte tatsächlich auf Grund eines einmal erzielten bilanzmäßigen Reingewinnes ganz formlos das ganze Grundkapital sukzessive zurückgezahlt werden. Um diese Konsequenz zu vermeiden, wird dann auch häufig von denjenigen, die für das deutsche Handelsgesetzbuch annehmen, daß sich durch die Amortisation die Grundkapitalsziffer ipso jure vermindert, verlangt, daß der Betrag der in einem Geschäftsjahre amortisierten Aktien bei der nächsten Jahresbilanz als Reservefonds einzusetzen sei (vergl. Literaturangaben bei Rehm, S. 425). Durch die Einstellung eines Reservefonds wird allerdings bewirkt, daß gerade-

Digitized by Google

denn die in Rede stehend[illegible] nur die Abſicht der [illegible] drucke. Die [illegible] erſter [illegible] der [illegible] o[illegible] das urſprüngliche Grundkapital würde. Aber die Intereſſen der [illegible] geſchützt, wenn Aktiven durch einen [illegible] die Grundkapitalsziffer gebunden werden. [illegible] wird es ſich empfehlen, innerhalb der ge- [illegible] Grundkapitals zwiſchen den im Umlaufe befindlichen [illegible] Aktien zu unterſcheiden (Reiſch a. a. O., S. 729; [illegible] Reiſch und Kreibig II., S. 150 ff.).

§ 8. *c. Amortiſationen aus Reſervefonds.* Statt jährlich den bilanzmäßigen Gewinn zur Einziehung der Aktien zu verwenden, kann die bis zur Auflöſung der Geſellſchaft zu bewirkende Einziehung der Aktien auch dadurch erfolgen, daß aus einem Teile des jährlich zur Verfügung ſtehenden bilanzmäßigen Reingewinnes ein Fonds angeſammelt wird und mit dieſem Fonds, ſogenannten Aktientilgungsfonds, auf einmal alle Aktien oder ein Teil derſelben eingelöſt werden. Bei heimfälligen Unternehmungen und ſolchen, bei welchen durch den Betrieb die Subſtanz des Anlagekapitals aufgezehrt wird, iſt auch darauf zu ſehen, daß die Dotation dieſes Fonds nur aus wirklichem bilanzmäßigen Reingewinne erfolgt. Durch die Bildung eines ſolchen Tilgungsfonds wird ein ſpezieller Reſervefonds geſchaffen und es ſtünde nach dem Geſetze nichts im Wege, denſelben, wenn er die entſprechende Höhe erreicht hat, zur Tilgung von Aktienrechten zu verwenden. Denn in dieſem Falle würde die Einziehung der Aktien nicht aus dem Grundkapitale, ſondern aus einem Betrage erfolgen, der durch ſukzeſſive angeſammelten Reingewinn gebildet und deſſen Verwendung zu dieſem Zwecke im Statute vorgeſchrieben iſt. Die Vorſchriften über die Rückzahlung des Grundkapitals müßten erſt dann beobachtet werden, wenn bei Verteilung der Überſchüſſe dasjenige Grundkapital zu Grunde gelegt wird, welches durch die aus den Mitteln des Tilgungsfonds eingelöſten Aktien verringert iſt. In dieſem Falle müßte eine ſtatutenmäßige Herabſetzung des Grundkapitals auf dieſen herabgeminderten Betrag erfolgen und müßten die Gläubigerſchutzvorſchriften beobachtet werden. Das Aktienregulativ verlangt aber im § 33, letzter Abſatz, die Aufnahme einer Beſtimmung in das Statut, daß auch die Einziehung der Aktien durch den angeſammelten Aktientilgungsfonds nur unter Beobachtung derjenigen Vorſchriften, welche für die Rückzahlung des Grundkapitals maßgebend ſind, erfolgen darf; und § 53, Abſ. 4 A. Reg. beſtimmt das gleiche in Anſehung jedes anderen bei der Geſellſchaft angeſammelten Fonds (vergl. § 10 im Exkurſe zu Art. 239). Der Grund dieſer Beſtimmungen des Aktienregulativs, welche darauf hinzielen, in gewiſſer Richtung durch Statutenbeſtimmung die Rückzahlung von Aktiven, die durch ſtatutariſche Reſervefonds gebunden ſind, an dieſelben Vorausſetzungen zu knüpfen, an welche das Geſetz die Zuläſſigkeit der Rückzahlung von Aktiven knüpft, welche durch die Grundkapitalsziffer gebunden ſind, dürfte ein zweifacher ſein: Es widerſpricht einerſeits den kaufmänniſchen Anſchauungen, daß zur Amortiſation Gewinn verwendet wird, der eigentlich nicht im Ertrage, ſondern in der durch Streichung von Reſervefonds bewirkten Veränderung des Stammvermögens ſeinen Grund hat (vergl. Reiſch a. a. O., S. 728, Note 10). Dann aber mögen ſich die Verfaſſer des Aktienregulativs wohl bewußt geweſen ſein, wie oft in der Praxis gegen das oben aufgeſtellte Erfordernis, daß zur Dotation des Aktientilgungsfonds wirklich nur Reingewinn ver-

Digitized by Google

wendet werden darf, gerade bei Unternehmungen, für die das Aktienregulativ die sukzessive Einziehung von Aktien vorsieht, gefehlt wird. (Eine andere Auffassung des Sinnes des § 33 A. Reg. bei Randa II., S. 226, N. 1806.)

2. Exkurs über Genußscheine.[15])

1. **Begriff.** Als Genußscheine werden zwei Arten von Urkunden von juristisch ganz verschiedenem Charakter bezeichnet. Gemeinsam ist beiden Arten, daß sie am Gewinne und möglicherweise auch am Liquidationserlöse teilnehmen. Im übrigen aber ist ihr Wesen grundverschieden. Sie sind entweder reine Gläubigerrechte oder Pertinentien des Aktienrechtes. **§ 1.**

   a) Reine Gläubigerrechte sind die Genußscheine, welche an die Stelle amortisierter Aktien treten (RG. 30, S. 17; vergl. aber unten § 3); ferner die den Interessenten gewährten besonderen Vorzugsrechte, wenn dieselben nicht an die Aktien geknüpft waren (vergl. § 5 im Zusatze zu Art. 208 bis 210); ferner Genußscheine, welche ausgegeben werden, um flüssige Gelder zu erlangen ohne Erhöhung des Grundkapitals und in denen Gewinnanteile und Liquidationserlöse verbrieft werden (Fall des RG. 30, S. 17). Mit der Grundkapitalsziffer der Gesellschaft haben aber diese Genußscheine nichts zu tun. Was sie verbriefen, ist entweder von vornherein ein reines Gläubigerrecht gewesen oder es ist an die Stelle eines untergehenden Aktienrechtes getreten. Rechte dieser Art können durch Gesellschaftsbeschlüsse nicht geschmälert werden; die Berechtigten stehen der Aktiengesellschaft als Dritte gegenüber[16]) (RG. bei Holdheim 10, S. 227; Fuhrmann, S. 47). Die Rechte der Genußscheininhaber beschränken nur das Recht der Aktionäre auf Reingewinn und Liquidationserlös; daher entspricht diesen Rechten keine wirkliche Schuld der Gesellschaft. Die Genußscheine sind daher nicht unter den Passiven und eingelöste Genußscheine nicht unter den Aktiven zu buchen (OLG. Dresden bei Holdheim 10, S. 100, OLG. Dresden bei Holdheim 11, S. 106).

   b) Eine andere Art von Genußschein ist Zubehör des Aktienrechtes. Prioritätsakten werden oft in der Weise geschaffen, daß den neuen Aktien besondere Anteile am Gewinne und am Liquidationserlöse gewährt werden, und diese besonderen Anteile werden durch Genußschein besonders verbrieft. In neuerer Zeit werden auch bei bestehenden Aktien für einen Teil der Ansprüche auf vermögensrechtliche Bezüge besondere Urkunden erteilt, welche ebenfalls Genußscheine genannt werden. Es wird z. B. bestimmt: Von dem Reingewinne werden fortan zunächst fünf Prozent als ordentliche Dividende an die Inhaber der Dividendenscheine gezahlt, sodann zehn Prozent an die Inhaber von Genußscheinen, welche jetzt ausgegeben werden, bis zu 50 Kronen auf jeden Genußschein und der Rest wird wiederum als Dividende verteilt; von dem Liquidationserlöse wird zunächst der Nominalbetrag der Aktien, sodann bis 1000 Kronen an die Genußscheininhaber gezahlt, der Rest wiederum an die Aktionäre.

---

[15]) Siehe hierüber Klemperer, Die rechtliche Natur der Genußscheine (Halle 1898); Lehmann, GZ. 49, S. 555); Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine (Berlin 1907); diese Schrift befaßt sich mehrmals eingehend mit dem Aktienregulativ.

[16]) Beschlüsse der Generalversammlung, die in die Gläubigerrechte der Genußscheininhaber eingreifen, sind diesen gegenüber unwirksam. Eine Klage auf Anfechtung des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses steht dem Genußscheininhaber, der nicht Aktionär ist, nicht zu (OLG. Dresden bei Holdheim 10, S. 100; vergl. §§ 22 zu Art. 224).

Digitized by Google

In den Genußscheinen der letzteren Art liegt nichts als eine willkürliche Verteilung der vermögensrechtlichen Bezüge auf mehrere Urkunden vor.

Der Schaffung solcher Genußscheine steht rechtlich nichts entgegen, insbesondere nicht der Art. 207. Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Aktie ist nicht verletzt. Das Aktienrecht wird hiedurch ebensowenig geteilt, wie durch die Schaffung von Dividendenscheinen (Fuhrmann, S. 51). Wie es dem offenen Gesellschafter trotz der Unübertragbarkeit seines Geschäftsanteiles freisteht, den Anspruch auf die vermögensrechtlichen Bezüge, wie sie sich nach ihrer Fälligkeit darstellen werden, jederzeit abzutreten (vergl. § 6 zu Art. 98), so steht es dem Aktionär frei, seine Rechte auf Dividende und Liquidationserlös, wie sich dieselben nach ihrer Fälligkeit gestalten werden, jederzeit abzutreten. Um diese Abtretung leichter zu bewirken, können Urkunden geschaffen werden, durch welche solche später fälligen Rechte verbrieft werden, und nichts anderes liegt bei der Schaffung solcher Genußscheine vor. Die Unteilbarkeit des Aktienrechtes im Sinne des Art. 207 ist dadurch nicht gestört; denn das durch den Genußschein verbriefte Recht hat keine selbständige Existenz, es geht unter mit dem Untergange des Aktienrechtes; auf die Gestaltung der Bezüge durch Ausübung seiner gesellschaftlichen Herrschaftsrechte hat lediglich der Inhaber der Aktie Einfluß und eine Teilung dieser Rechte erfolgt nicht und kann nicht erfolgen (vergl. Klemperer, S. 92; OLG. Dresden bei Holdheim 6, S. 279; nicht ganz zustimmend Lehmann II., S. 124).

§ 2. 2. **Die Genußscheininhaber haben kein Stimmrecht.** Das gilt von beiden Arten. Nur die Aktionäre haben Stimmrecht. Nur durch Majoritätsbeschlüsse der Aktionäre darf die Gesellschaft regiert werden, wie das Reichsgericht es auch (RG. 3, S. 129) für unzulässig erklärt hat, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft, da er deren Willen zum Ausdrucke bringen soll, dem Willen einer fremden Person unterworfen werde. Das Stimmrecht kann dem Genußscheininhaber zulässigerweise nicht gewährt werden (vergl. RG. 30, S. 17; Rehm, S. 476; Randa II., S. 228). In gerade umgekehrter Richtung bewegen sich die Ausführungen Klemperers. Er will die an die Stelle amortisierter Aktien tretenden Genußscheine präsumtiv als Aktien gelten lassen (vergl. oben § 1), und diese Präsumtion selbst dann durchgreifen lassen, wenn ihnen ein Stimmrecht versagt ist — diese Versagung soll eben ungültig sein. Allein für jene Präsumtion gibt es keinen gesetzlichen Anhalt. Wem vollends das Statut das Stimmrecht versagt, der ist eben kein Aktionär. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Versagung ungültig sein soll, da doch die Konstruktion des Genußscheines ohne Stimmrecht sehr wohl denkbar ist, nämlich als reines Gläubigerrecht.

§ 3. Ist dem Inhaber des Genußscheines ein Stimmrecht verliehen, so liegt ein untrügliches Kennzeichen vor, daß nicht ein wirklicher Genußschein, sondern eine Aktienurkunde in Frage steht, die bloß den irreführenden Namen „Genußschein" trägt (Rehm, S. 476). Hieher gehören die im § 33, Abs. 3, Zahl 3 erwähnten Genußscheine, die den Besitzern der im Wege der Verlosung eingelösten Aktien ausgefolgt werden können, denen im Statute ausdrücklich die Rechte der Aktien einzuräumen sind und über deren Stimmrecht das Statut nach § 43, Abs. 5 A. Reg. Bestimmungen enthalten muß. Dieselben sind Ur-

Digitized by Google

kunden über wirkliche Aktienrechte, sohin eigentliche Aktienurkunden (Lehmann II., S. 123; Rehm, S. 476; Fuhrmann, S. 31). Da aber nach § 33, Zahl 3 A. Reg. dem Besitzer nicht eingelöster Aktien ein im Statute näher zu bestimmendes Dividendenvorrecht und ein Vorrecht in der Höhe des Nennbetrages auf den Liquidationserlös zu gewähren ist, so verhalten sich die Aktien der nicht abgefundenen Aktionäre und jene der Genußscheininhaber zueinander so, wie Prioritätsaktien zu Stammaktien. Durch die Genußscheine werden also hier Aktien zweiter Klasse geschaffen, während die nicht abgefundenen Aktionäre die Stellung von Prioritätsaktionären erlangen (Rehm, S. 476; Edmund Mayer bei Holdheim IX., S. 53; Randa II., S. 227; Fuhrmann, S. 33; Gutachten der Wiener Börsekammer zu den Fragen 32 und 33 des Fragebogens). Das Aktienregulativ zieht aus dieser Rechtslage vollkommen richtige Konsequenzen, indem es bestimmt, daß auf die Genußscheine das im § 29 A. Reg. vorgeschriebene Aktienformulare Anwendung zu finden hat, daß die Genußscheine sowohl auf Namen wie auf Inhaber lauten können, und daß für eine Statutenänderung, welche die Rechtsverhältnisse zwischen den sogenannten Genußscheinen und den Aktien betrifft, dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen, welche für die Statutenänderungen vorgeschrieben sind, die das bisherige Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Gattungen von Aktien zum Gegenstande haben (vergl. § 3 im Exkurse 2 zu Art. 215). Werden den Aktionären statt der eingelösten Aktien Genußscheine der eben erwähnten Art, die in Wirklichkeit Aktien sind, ausgehändigt, so liegt nicht eine Entziehung, sondern eine Umgestaltung des Mitgliedschaftsrechtes vor (vergl. Fuhrmann, S. 31). Der Aktionär verliert nicht seine Mitgliedschaft, sondern erhält bloß eine Aktie zweiter Klasse (Lehmann II., S. 141). Daher tritt in diesem Falle keine Verringerung der Zahl der Mitglieder und auch keine Veranlassung zur Verringerung der Grundkapitalsziffer ein (Lehmann a. a. O.; Rehm, S. 476; Randa II., S. 227). Die Zahlung des Nominalbetrages an die Besitzer der ausgelosten Aktien, die, sofern nicht die Voraussetzungen des Art. 248 in Ansehung dieser Auszahlung erfüllt werden, nur aus dem Reingewinne erfolgen darf, ist bloß Gewährung einer besonderen Art von Dividende (Lehmann II., S. 141; Reisch und Kreibig II., S. 29). Werden an Stelle der eingelösten Aktien deren Besitzern Genußscheine der erwähnten Art, also eigentlich Aktien mit dem Namen Genußschein, ausgestellt, so bewirkt die Einlösung sämtlicher Aktien noch nicht die Auflösung der Gesellschaft (Fuhrmann, S. 39).

3. Unter sich können die Inhaber der eigentlichen Genußscheine zu einem Mehrheitsverbande vereinigt werden, innerhalb dessen Majorität entscheidet (vergl. auch Behrend, § 133, Anm. 6), jedoch nicht über die Schicksale der Gesellschaft, sondern nur über ihre eigenen Rechte, über die sie auf diese Weise mit der Gesellschaft paktieren können. Genußscheine, die ein Gläubigerrecht verbriefen, fallen unter das Gesetz vom 24. April 1874, RGBl. Nr. 49 (vergl. § 4 im Exkurse 2 zu Art. 215). Dagegen hat die Generalversammlung über dieselben keine Macht (so OLG. Dresden in GZ. 35, S. 344; Bolze 3, Nr. 807). § 4.

4. Genußscheine (auch solche, die nicht in Wirklichkeit Aktienurkunden sind) können auf Order lauten, da sie kaufmännische Verpflichtungsscheine sind (Art. 301; OLG. Dresden bei Holdheim 6, S. 281). Hinsichtlich der Ausstellung der Genußscheine, die reine Gläubigerrechte verbriefen, auf In- § 5.

Digitized by Google

haber und Order vergl. das HfD. vom 17. Dezember 1847, JGS. Nr. 1105, und § 4 im Exkurse 2 zu Art. 215 und § 1 zu Art. 307.

3. Über Erwerb eigener Aktien.

Einleitung. **Der Erwerb eigener Aktien seitens der Gesellschaft** soll hier nur erörtert werden, sofern er zu dem Zwecke erfolgt, um die Aktien als Eigentümerin zu besitzen, eventuell dieselben später einmal als noch bestehende Wertobjekte in Zirkulation zu setzen. Der Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Vernichtung des Mitgliedschaftsrechtes, sei es als Durchführung einer beschlossenen Kapitalsherabsetzung, sei es infolge einer im Statute vorgesehenen sukzessiven Einlösung der Aktien, wurde bereits an anderer Stelle (vergl. 1. Exkurs zu Art. 248) erörtert. Das Aktienregulativ behandelt alle diese nur äußerlich ähnlichen Fälle des Erwerbes eigener Aktien in systematisch nicht ganz zu rechtfertigender Weise an einer Stelle, nämlich im § 32. Das Handelsgesetzbuch selbst enthält keine Bestimmungen für den Erwerb eigener Aktien (vergl. Amtl. S. 787). Die Frage der Zulässigkeit dieses Erwerbes ist daher an der Hand anderer Bestimmungen des Handelsgesetzbuches zu beantworten.

§ 1. 1. **Der Erwerb eigener Aktien ist nach dem Handelsgesetzbuche unzulässig,** wenn hiedurch die Vorschriften über die Rückzahlung des Grundkapitals verletzt werden, also wenn zum Erwerbe eigener Aktien Mittel aufgewendet werden, welche durch die statutenmäßige Grundkapitalsziffer gebunden sind, ohne daß die Vorschriften des Art. 248 vorher beobachtet wurden. Denn in diesem Falle würde dem Aktionär, dessen Aktie angekauft wird, seine Einlage aus dem Grundkapitale zurückgezahlt werden (Lehmann II., S. 77; Bachmann in Busch Archiv 31, S. 1; Endemann in GZ. 1869, Nr. 78 bis 81; AdlCl. 757; Randa II., S. 193). Eine unzulässige Rückgewährung der bezahlten Einlage an den Aktionär liegt besonders dann vor, wenn nicht voll eingezahlte Aktien zurückgezahlt werden (Lehmann a. a. O.; Krämel in Busch Archiv 29, S. 12; Randa II., S. 192; Landesberger, S. 126). Daneben kann der Ankauf eigener Aktien auch aus außerhalb des Aktienrechtes liegenden Gründen unzulässig sein, z. B. wenn er unter Umständen erfolgt, welche die paulianische Anfechtung begründen (vergl. Lehmann a. a. O.).

§ 2. 2. **Liegt keiner der erwähnten Umstände vor, so ist nach dem Handelsgesetzbuche der Erwerb eigener Aktien zulässig,** mag er jetzt entgeltlich aus dem bilanzmäßigen Reingewinne oder aus Mitteln eines Reservefonds oder unentgeltlich erfolgen (Amtl. S. 787, allerdings in dem Ausspruche über die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien etwas zu weit gefaßt). Erfolgt er aus Mitteln eines Reservefonds, so kann er allerdings eine Statutenwidrigkeit enthalten, wenn der Reservefonds statutarisch einem anderen Zwecke gewidmet und eine Änderung der betreffenden Statutenbestimmung nicht erfolgt ist (Lehmann II., S. 79; Canstein I., S. 561; Rehm, S. 470; AdlCl. 1783). Die allgemeine Unzulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien läßt sich nicht damit begründen, daß durch den Erwerb der Aktienrechte seitens der Gesellschaft eine Konfusion eintritt (diese Begründung findet sich bei Jaques in GZ. 1869, Nr. 50, und in den Gründen bei Budwinski 5670). Durch den Erwerb der Aktien seitens der Gesellschaft tritt keine Konfusion, sondern bloß ein Ruhezustand ein, indem, solange die Aktie sich im Besitze der Gesellschaft befindet, die mit der Aktie verbundenen Repräsentativrechte ruhen (Krämel in Busch Archiv,

Digitized by Google

Bd. 29, S. 12; gegen die Begründung zur Aktiennovelle vom Jahre 1870 Lehmann II., S. 75; Endemann a. a. O.). Es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn nach der Praxis der Aufsichtsbehörden Aktiengesellschaften, die eigene Aktien erwerben, ohne daß die unter 1. angeführten Umstände vorliegen, vor die Wahl gestellt werden, die rückgekauften Aktien innerhalb einer bestimmten Frist weiterzugeben oder eine Reduktion des Aktienkapitals unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften durchzuführen (vergl. Mayrhofer, Bd. 5, S. 358).

Gegen eine solche Verfügung der Aufsichtsbehörde könnte, weil sie eine unzulässige Beschränkung der Freiheiten der Gesellschaft in der Geschäftsgebarung enthält, beim Verwaltungsgerichtshofe Beschwerde geführt werden (vergl. § 18 zu Art. 208).

3. Die Folge des zulässigen Erwerbes eigener Aktien[17]) besteht darin, daß die Rechte aus der Aktie, solange sich diese im Eigentum der Gesellschaft befindet, ruhen, das Recht an der Aktie aber vollwirksam bestehen bleibt (so Cosack a. a. O., während Rehm [S. 469] und Runkel-Langsdorff [a. a. O., S. 4]) Erwerb aller Rechte aus der Aktie durch die Aktiengesellschaft annehmen. Die Höhe des Grundkapitals wird nicht verringert. Die eigenen Aktien sind als Aktiven in die Bilanz einzusetzen (so auch Reisch, WZ. 28, S. 730). Ein Dividendenanspruch der Gesellschaft wegen ihrer eigenen Aktien besteht nicht (näheres hierüber bei Cosack a. a. O., S. 10), ebensowenig ein Stimmrecht in der Generalversammlung. Werden die erworbenen Aktien wieder in Verkehr gesetzt, so liegt keine Neuemission vor (Rehm, S. 435); in diesem Punkte kann Cosack, dessen Ausführungen bisher gefolgt wurde, nicht beigetreten werden[18]); es wird ja kein neues Mitgliedschaftsrecht geschaffen. Die Unwirksamkeit einer Dividendengarantie zu Gunsten des Erwerbes der veräußerten eigenen Aktien (vergl. § 1 zu Art. 217) muß übrigens auch bei Ablehnung der Cosackschen Ansicht angenommen werden; im Ergebnis würde ja ein solches Versprechen immer der Eingangsbestimmung des Art. 217 zuwiderlaufen. Die angeführten Rechtssätze finden auch Anwendung, wenn die Aktiengesellschaft die Aktien zwar in der Absicht, das Mitgliedschaftsrecht einzuziehen und die Aktienurkunden zu vernichten, erwirbt, aber nach dem Statute die Erlöschung des Mitgliedschaftsrechtes von der erfolgten physischen Vernichtung der Aktienurkunde abhängig ist, bis diese Vernichtung wirklich erfolgt ist (vergl. Rehm, S. 470). Will die Aktiengesellschaft die zum Zwecke der Vermögensanlage erworbenen eigenen Aktien zu diesem Zwecke nicht weiterbehalten oder kann sie dies nicht mehr und bringt sie die Absicht, das Aktienrecht zu vernichten, durch Zerstörung der Urkunde oder auf andere Weise zum konkreten Ausdrucke, so kommen nunmehr jene Grundsätze zur Anwendung, welche bei der Einziehung der Aktienrechte durch freihändigen Ankauf gelten (vergl. § 5 im 1. Exkurse zu Art. 248). Von diesem Gedanken geht auch der Schlußsatz des § 32, Abs. 2 A. Reg. aus, indem er verfügt, daß im Falle, als zulässigerweise § 3.

[17]) Vergl. hierüber insbesondere Runkel-Langsdorf, Die Folgen des Erwerbes eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft (Leipzig, 1906); Cosack, Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft (Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen, 1907).

[18]) Der Sache nach kommt der Gesichtspunkt, daß in dem Verkaufe eigener Aktien seitens der Gesellschaft eine Neuemission gelegen sei, auch in den Gründen des RG (62, S. 29) zum Ausdrucke. Vergl. hiezu Bolze in Leipziger Z., 1907, S. 1, und Hagens ebenda, S. 241; vergl. auch § 34 zu Art. 208.

Digitized by Google

soviel Aktiven gebunden werden, als wenn das ursprüngliche Grundkapital unverändert in der Bilanz erscheinen würde. Aber die Interessen der Gläubiger sind nicht in derselben Weise geschützt, wenn Aktiven durch einen Reservefonds oder wenn sie durch die Grundkapitalsziffer gebunden werden. Aus buchtechnischen Gründen wird es sich empfehlen, innerhalb der gesamten Ziffer des Grundkapitals zwischen den im Umlaufe befindlichen und den amortisierten Aktien zu unterscheiden (Reisch a. a. O., S. 729; Beispiele aus der Praxis bei Reisch und Kreibig II., S. 150 ff.).

§ 8. 6. **Amortisationen aus Reservefonds.** Statt jährlich den bilanzmäßigen Gewinn zur Einziehung der Aktien zu verwenden, kann die bis zur Auflösung der Gesellschaft zu bewirkende Einziehung der Aktien auch dadurch erfolgen, daß aus einem Teile des jährlich zur Verfügung stehenden bilanzmäßigen Reingewinnes ein Fonds angesammelt wird und mit diesem Fonds, sogenannten Aktientilgungsfonds, auf einmal alle Aktien oder ein Teil derselben eingelöst werden. Bei heimfälligen Unternehmungen und solchen, bei welchen durch den Betrieb die Substanz des Anlagekapitals aufgezehrt wird, ist auch darauf zu sehen, daß die Dotation dieses Fonds nur aus wirklichem bilanzmäßigen Reingewinne erfolgt. Durch die Bildung eines solchen Tilgungsfonds wird ein spezieller Reservefonds geschaffen und es stünde nach dem Gesetze nichts im Wege, denselben, wenn er die entsprechende Höhe erreicht hat, zur Tilgung von Aktienrechten zu verwenden. Denn in diesem Falle würde die Einziehung der Aktien nicht aus dem Grundkapitale, sondern aus einem Betrage erfolgen, der durch sukzessive angesammelten Reingewinn gebildet und dessen Verwendung zu diesem Zwecke im Statute vorgeschrieben ist. Die Vorschriften über die Rückzahlung des Grundkapitals müßten erst dann beobachtet werden, wenn bei Verteilung der Überschüsse dasjenige Grundkapital zu Grunde gelegt wird, welches durch die aus den Mitteln des Tilgungsfonds eingelösten Aktien verringert ist. In diesem Falle müßte eine statutenmäßige Herabsetzung des Grundkapitals auf diesen herabgeminderten Betrag erfolgen und müßten die Gläubigerschutzvorschriften beobachtet werden. Das Aktienregulativ verlangt aber im § 33, letzter Absatz, die Aufnahme einer Bestimmung in das Statut, daß auch die Einziehung der Aktien durch den angesammelten Aktientilgungsfonds nur unter Beobachtung derjenigen Vorschriften, welche für die Rückzahlung des Grundkapitals maßgebend sind, erfolgen darf; und § 53, Abs. 4 A. Reg. bestimmt das gleiche in Ansehung jedes anderen bei der Gesellschaft angesammelten Fonds (vergl. § 10 im Exkurse zu Art. 239). Der Grund dieser Bestimmungen des Aktienregulativs, welche darauf hinzielen, in gewisser Richtung durch Statutenbestimmung die Rückzahlung von Aktiven, die durch statutarische Reservefonds gebunden sind, an dieselben Voraussetzungen zu knüpfen, an welche das Gesetz die Zulässigkeit der Rückzahlung von Aktiven knüpft, welche durch die Grundkapitalsziffer gebunden sind, dürfte ein zweifacher sein: Es widerspricht einerseits den kaufmännischen Anschauungen, daß zur Amortisation Gewinn verwendet wird, der eigentlich nicht im Ertrage, sondern in der durch Streichung von Reservefonds bewirkten Veränderung des Stammvermögens seinen Grund hat (vergl. Reisch a. a. O., S. 728, Note 10). Dann aber mögen sich die Verfasser des Aktienregulativs wohl bewußt gewesen sein, wie oft in der Praxis gegen das oben aufgestellte Erfordernis, daß zur Dotation des Aktientilgungsfonds wirklich nur Reingewinn ver-

Digitized by Google

wendet werden darf, gerade bei Unternehmungen, für die das Aktienregulativ die sukzessive Einziehung von Aktien vorsieht, gefehlt wird. (Eine andere Auffassung des Sinnes des § 33 A. Reg. bei Randa II., S. 226, N. 1806.)

2. Exkurs über Genußscheine.[15])

§ 1.

1. **Begriff.** Als Genußscheine werden zwei Arten von Urkunden von juristisch ganz verschiedenem Charakter bezeichnet. Gemeinsam ist beiden Arten, daß sie am Gewinne und möglicherweise auch am Liquidationserlöse teilnehmen. Im übrigen aber ist ihr Wesen grundverschieden. Sie sind entweder reine Gläubigerrechte oder Pertinentien des Aktienrechtes.

   a) Reine Gläubigerrechte sind die Genußscheine, welche an die Stelle amortisierter Aktien treten (RG. 30, S. 17; vergl. aber unten § 3); ferner die den Interessenten gewährten besonderen Vorzugsrechte, wenn dieselben nicht an die Aktien geknüpft waren (vergl. § 5 im Zusatze zu Art. 208 bis 210); ferner Genußscheine, welche ausgegeben werden, um flüssige Gelder zu erlangen ohne Erhöhung des Grundkapitals und in denen Gewinnanteile und Liquidationserlöse verbrieft werden (Fall des RG. 30, S. 17). Mit der Grundkapitalsziffer der Gesellschaft haben aber diese Genußscheine nichts zu tun. Was sie verbriefen, ist entweder von vornherein ein reines Gläubigerrecht gewesen oder es ist an die Stelle eines untergehenden Aktienrechtes getreten. Rechte dieser Art können durch Gesellschaftsbeschlüsse nicht geschmälert werden; die Berechtigten stehen der Aktiengesellschaft als Dritte gegenüber[16]) (RG. bei Holdheim 10, S. 227; Fuhrmann, S. 47). Die Rechte der Genußscheininhaber beschränken nur das Recht der Aktionäre auf Reingewinn und Liquidationserlös; daher entspricht diesen Rechten keine wirkliche Schuld der Gesellschaft. Die Genußscheine sind daher nicht unter den Passiven und eingelöste Genußscheine nicht unter den Aktiven zu buchen (OLG. Dresden bei Holdheim 10, S. 100, OLG. Dresden bei Holdheim 11, S. 106).

   b) Eine andere Art von Genußschein ist Zubehör des Aktienrechtes. Prioritätsakten werden oft in der Weise geschaffen, daß den neuen Aktien besondere Anteile am Gewinne und am Liquidationserlöse gewährt werden, und diese besonderen Anteile werden durch Genußschein besonders verbrieft. In neuerer Zeit werden auch bei bestehenden Aktien für einen Teil der Ansprüche auf vermögensrechtliche Bezüge besondere Urkunden erteilt, welche ebenfalls Genußscheine genannt werden. Es wird z. B. bestimmt: Von dem Reingewinne werden fortan zunächst fünf Prozent als ordentliche Dividende an die Inhaber der Dividendenscheine gezahlt, sodann zehn Prozent an die Inhaber von Genußscheinen, welche jetzt ausgegeben werden, bis zu 50 Kronen auf jeden Genußschein und der Rest wird wiederum als Dividende verteilt; von dem Liquidationserlöse wird zunächst der Nominalbetrag der Aktien, sodann bis 1000 Kronen an die Genußscheininhaber gezahlt, der Rest wiederum an die Aktionäre.

---

[15]) Siehe hierüber Klemperer, Die rechtliche Natur der Genußscheine (Halle 1898); Lehmann, GZ. 49, S. 555); Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine (Berlin 1907); diese Schrift befaßt sich mehrmals eingehend mit dem Aktienregulativ.

[16]) Beschlüsse der Generalversammlung, die in die Gläubigerrechte der Genußscheininhaber eingreifen, sind diesen gegenüber unwirksam. Eine Klage auf Anfechtung des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses steht dem Genußscheininhaber, der nicht Aktionär ist, nicht zu (OLG. Dresden bei Holdheim 10, S. 100; vergl. §§ 22 zu Art. 224).

Digitized by Google

In den Genußscheinen der letzteren Art liegt nichts als eine willkürliche Verteilung der vermögensrechtlichen Bezüge auf mehrere Urkunden vor.

Der Schaffung solcher Genußscheine steht rechtlich nichts entgegen, insbesondere nicht der Art. 207. Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Aktie ist nicht verletzt. Das Aktienrecht wird hiedurch ebensowenig geteilt, wie durch die Schaffung von Dividendenscheinen (Fuhrmann, S. 51). Wie es dem offenen Gesellschafter trotz der Unübertragbarkeit seines Geschäftsanteiles freisteht, den Anspruch auf die vermögensrechtlichen Bezüge, wie sie sich nach ihrer Fälligkeit darstellen werden, jederzeit abzutreten (vergl. § 6 zu Art. 98), so steht es dem Aktionär frei, seine Rechte auf Dividende und Liquidationserlös, wie sich dieselben nach ihrer Fälligkeit gestalten werden, jederzeit abzutreten. Um diese Abtretung leichter zu bewirken, können Urkunden geschaffen werden, durch welche solche später fälligen Rechte verbrieft werden, und nichts anderes liegt bei der Schaffung solcher Genußscheine vor. Die Unteilbarkeit des Aktienrechtes im Sinne des Art. 207 ist dadurch nicht gestört; denn das durch den Genußschein verbriefte Recht hat keine selbständige Existenz, es geht unter mit dem Untergange des Aktienrechtes; auf die Gestaltung der Bezüge durch Ausübung seiner gesellschaftlichen Herrschaftsrechte hat lediglich der Inhaber der Aktie Einfluß und eine Teilung dieser Rechte erfolgt nicht und kann nicht erfolgen (vergl. Klemperer, S. 92; OLG. Dresden bei Holdheim 6, S. 279; nicht ganz zustimmend Lehmann II., S. 124).

§ 2. 2. **Die Genußscheininhaber haben kein Stimmrecht.** Das gilt von beiden Arten. Nur die Aktionäre haben Stimmrecht. Nur durch Majoritätsbeschlüsse der Aktionäre darf die Gesellschaft regiert werden, wie das Reichsgericht es auch (RG. 3, S. 129) für unzulässig erklärt hat, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft, da er deren Willen zum Ausdrucke bringen soll, dem Willen einer fremden Person unterworfen werde. Das Stimmrecht kann dem Genußscheininhaber zulässigerweise nicht gewährt werden (vergl. RG. 30, S. 17; Rehm, S. 476; Randa II., S. 228). In gerade umgekehrter Richtung bewegen sich die Ausführungen Klemperers. Er will die an die Stelle amortisierter Aktien tretenden Genußscheine präsumtiv als Aktien gelten lassen (vergl. oben § 1), und diese Präsumtion selbst dann durchgreifen lassen, wenn ihnen ein Stimmrecht versagt ist — diese Versagung soll eben ungültig sein. Allein für jene Präsumtion gibt es keinen gesetzlichen Anhalt. Wem vollends das Statut das Stimmrecht versagt, der ist eben kein Aktionär. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Versagung ungültig sein soll, da doch die Konstruktion des Genußscheines ohne Stimmrecht sehr wohl denkbar ist, nämlich als reines Gläubigerrecht.

§ 3. Ist dem Inhaber des Genußscheines ein Stimmrecht verliehen, so liegt ein untrügliches Kennzeichen vor, daß nicht ein wirklicher Genußschein, sondern eine Aktienurkunde in Frage steht, die bloß den irreführenden Namen „Genußschein" trägt (Rehm, S. 476). Hieher gehören die im § 33, Abs. 3, Zahl 3 erwähnten Genußscheine, die den Besitzern der im Wege der Verlosung eingelösten Aktien ausgefolgt werden können, denen im Statute ausdrücklich die Rechte der Aktien einzuräumen sind und über deren Stimmrecht das Statut nach § 43, Abs. 5 A. Reg. Bestimmungen enthalten muß. Dieselben sind Ur-

Digitized by Google

kunden über wirkliche Aktienrechte, sohin eigentliche Aktienurkunden (Lehmann II., S. 123; Rehm, S. 476; Fuhrmann, S. 31). Da aber nach § 33, Zahl 3 A. Reg. dem Besitzer nicht eingelöster Aktien ein im Statute näher zu bestimmendes Dividendenvorrecht und ein Vorrecht in der Höhe des Nennbetrages auf den Liquidationserlös zu gewähren ist, so verhalten sich die Aktien der nicht abgefundenen Aktionäre und jene der Genußscheininhaber zueinander so, wie Prioritätsaktien zu Stammaktien. Durch die Genußscheine werden also hier Aktien zweiter Klasse geschaffen, während die nicht abgefundenen Aktionäre die Stellung von Prioritätsaktionären erlangen (Rehm, S. 476; Edmund Mayer bei Holdheim IX., S. 53; Randa II., S. 227; Fuhrmann, S. 33; Gutachten der Wiener Börsekammer zu den Fragen 32 und 33 des Fragebogens). Das Aktienregulativ zieht aus dieser Rechtslage vollkommen richtige Konsequenzen, indem es bestimmt, daß auf die Genußscheine das im § 29 A. Reg. vorgeschriebene Aktienformulare Anwendung zu finden hat, daß die Genußscheine sowohl auf Namen wie auf Inhaber lauten können, und daß für eine Statutenänderung, welche die Rechtsverhältnisse zwischen den sogenannten Genußscheinen und den Aktien betrifft, dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen, welche für die Statutenänderungen vorgeschrieben sind, die das bisherige Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Gattungen von Aktien zum Gegenstande haben (vergl. § 3 im Exkurse 2 zu Art. 215). Werden den Aktionären statt der eingelösten Aktien Genußscheine der eben erwähnten Art, die in Wirklichkeit Aktien sind, ausgehändigt, so liegt nicht eine Entziehung, sondern eine Umgestaltung des Mitgliedschaftsrechtes vor (vergl. Fuhrmann, S. 31). Der Aktionär verliert nicht seine Mitgliedschaft, sondern erhält bloß eine Aktie zweiter Klasse (Lehmann II., S. 141). Daher tritt in diesem Falle keine Verringerung der Zahl der Mitglieder und auch keine Veranlassung zur Verringerung der Grundkapitalsziffer ein (Lehmann a. a. O.; Rehm, S. 476; Randa II., S. 227). Die Zahlung des Nominalbetrages an die Besitzer der ausgelosten Aktien, die, sofern nicht die Voraussetzungen des Art. 248 in Ansehung dieser Auszahlung erfüllt werden, nur aus dem Reingewinne erfolgen darf, ist bloß Gewährung einer besonderen Art von Dividende (Lehmann II., S. 141; Reisch und Kreibig II., S. 29). Werden an Stelle der eingelösten Aktien deren Besitzern Genußscheine der erwähnten Art, also eigentlich Aktien mit dem Namen Genußschein, ausgestellt, so bewirkt die Einlösung sämtlicher Aktien noch nicht die Auflösung der Gesellschaft (Fuhrmann, S. 39).

3. Unter sich können die Inhaber der eigentlichen Genußscheine zu einem Mehrheitsverbande vereinigt werden, innerhalb dessen Majorität entscheidet (vergl. auch Behrend, § 133, Anm. 6), jedoch nicht über die Schicksale der Gesellschaft, sondern nur über ihre eigenen Rechte, über die sie auf diese Weise mit der Gesellschaft paktieren können. Genußscheine, die ein Gläubigerrecht verbriefen, fallen unter das Gesetz vom 24. April 1874, RGBl. Nr. 49 (vergl. § 4 im Exkurse 2 zu Art. 215). Dagegen hat die Generalversammlung über dieselben keine Macht (so OLG. Dresden in GZ. 35, S. 344; Bolze 3, Nr. 807). § 4.

4. Genußscheine (auch solche, die nicht in Wirklichkeit Aktienurkunden sind) können auf Order lauten, da sie kaufmännische Verpflichtungsscheine sind (Art. 301; OLG. Dresden bei Holdheim 6, S. 281). Hinsichtlich der Ausstellung der Genußscheine, die reine Gläubigerrechte verbriefen, auf In- § 5.

Digitized by Google

haber und Order vergl. das HfD. vom 17. Dezember 1847, JGS. Nr. 1105, und § 4 im Exkurse 2 zu Art. 215 und § 1 zu Art. 307.

3. Über Erwerb eigener Aktien.

Einleitung. **Der Erwerb eigener Aktien seitens der Gesellschaft** soll hier nur erörtert werden, sofern er zu dem Zwecke erfolgt, um die Aktien als Eigentümerin zu besitzen, eventuell dieselben später einmal als noch bestehende Wertobjekte in Zirkulation zu setzen. Der Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Vernichtung des Mitgliedschaftsrechtes, sei es als Durchführung einer beschlossenen Kapitalsherabsetzung, sei es infolge einer im Statute vorgesehenen sukzessiven Einlösung der Aktien, wurde bereits an anderer Stelle (vergl. 1. Exkurs zu Art. 248) erörtert. Das Aktienregulativ behandelt alle diese nur äußerlich ähnlichen Fälle des Erwerbes eigener Aktien in systematisch nicht ganz zu rechtfertigender Weise an einer Stelle, nämlich im § 32. Das Handelsgesetzbuch selbst enthält keine Bestimmungen für den Erwerb eigener Aktien (vergl. Amtl. S. 787). Die Frage der Zulässigkeit dieses Erwerbes ist daher an der Hand anderer Bestimmungen des Handelsgesetzbuches zu beantworten.

§ 1. 1. **Der Erwerb eigener Aktien ist nach dem Handelsgesetzbuche unzulässig,** wenn hiedurch die Vorschriften über die Rückzahlung des Grundkapitals verletzt werden, also wenn zum Erwerbe eigener Aktien Mittel aufgewendet werden, welche durch die statutenmäßige Grundkapitalsziffer gebunden sind, ohne daß die Vorschriften des Art. 248 vorher beobachtet wurden. Denn in diesem Falle würde dem Aktionär, dessen Aktie angekauft wird, seine Einlage aus dem Grundkapitale zurückgezahlt werden (Lehmann II., S. 77; Bachmann in Busch Archiv 31, S. 1; Endemann in GZ. 1869, Nr. 78 bis 81; AdlCl. 757; Randa II., S. 193). Eine unzulässige Rückgewährung der bezahlten Einlage an den Aktionär liegt besonders dann vor, wenn nicht voll eingezahlte Aktien zurückgezahlt werden (Lehmann a. a. O.; Krämel in Busch Archiv 29, S. 12; Randa II., S. 192; Landesberger, S. 126). Daneben kann der Ankauf eigener Aktien auch aus außerhalb des Aktienrechtes liegenden Gründen unzulässig sein, z. B. wenn er unter Umständen erfolgt, welche die paulianische Anfechtung begründen (vergl. Lehmann a. a. O.).

§ 2. 2. **Liegt keiner der erwähnten Umstände vor, so ist nach dem Handelsgesetzbuche der Erwerb eigener Aktien zulässig,** mag er jetzt entgeltlich aus dem bilanzmäßigen Reingewinne oder aus Mitteln eines Reservefonds oder unentgeltlich erfolgen (Amtl. S. 787, allerdings in dem Ausspruche über die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien etwas zu weit gefaßt). Erfolgt er aus Mitteln eines Reservefonds, so kann er allerdings eine Statutenwidrigkeit enthalten, wenn der Reservefonds statutarisch einem anderen Zwecke gewidmet und eine Änderung der betreffenden Statutenbestimmung nicht erfolgt ist (Lehmann II., S. 79; Canstein I., S. 561; Rehm, S. 470; AdlCl. 1783). Die allgemeine Unzulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien läßt sich nicht damit begründen, daß durch den Erwerb der Aktienrechte seitens der Gesellschaft eine Konfusion eintritt (diese Begründung findet sich bei Jaques in GZ. 1869, Nr. 50, und in den Gründen bei Budwinski 5670). Durch den Erwerb der Aktien seitens der Gesellschaft tritt keine Konfusion, sondern bloß ein Ruhezustand ein, indem, solange die Aktie sich im Besitze der Gesellschaft befindet, die mit der Aktie verbundenen Repräsentativrechte ruhen (Krämel in Busch Archiv,

Digitized by Google

Bd. 29, S. 12; gegen die Begründung zur Aktiennovelle vom Jahre 1870 Lehmann II., S. 75; Endemann a. a. O.). Es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn nach der Praxis der Aufsichtsbehörden Aktiengesellschaften, die eigene Aktien erwerben, ohne daß die unter 1. angeführten Umstände vorliegen, vor die Wahl gestellt werden, die rückgekauften Aktien innerhalb einer bestimmten Frist weiterzugeben oder eine Reduktion des Aktienkapitals unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften durchzuführen (vergl. Mayrhofer, Bd. 5, S. 358).

Gegen eine solche Verfügung der Aufsichtsbehörde könnte, weil sie eine unzulässige Beschränkung der Freiheiten der Gesellschaft in der Geschäftsgebarung enthält, beim Verwaltungsgerichtshofe Beschwerde geführt werden (vergl. § 18 zu Art. 208).

3. **Die Folge des zulässigen** Erwerbes eigener Aktien[17]) besteht darin, daß die Rechte aus der Aktie, solange sich diese im Eigentum der Gesellschaft befindet, ruhen, das Recht an der Aktie aber vollwirksam bestehen bleibt (so Cosack a. a. O., während Rehm [S. 469] und Runkel-Langsdorff [a. a. O., S. 4]) Erwerb aller Rechte aus der Aktie durch die Aktiengesellschaft annehmen. Die Höhe des Grundkapitals wird nicht verringert. Die eigenen Aktien sind als Aktiven in die Bilanz einzusetzen (so auch Reisch, WZ. 28, S. 730). Ein Dividendenanspruch der Gesellschaft wegen ihrer eigenen Aktien besteht nicht (näheres hierüber bei Cosack a. a. O., S. 10), ebensowenig ein Stimmrecht in der Generalversammlung. Werden die erworbenen Aktien wieder in Verkehr gesetzt, so liegt keine Neuemission vor (Rehm, S. 435); in diesem Punkte kann Cosack, dessen Ausführungen bisher gefolgt wurde, nicht beigetreten werden[18]); es wird ja kein neues Mitgliedschaftsrecht geschaffen. Die Unwirksamkeit einer Dividendengarantie zu Gunsten des Erwerbes der veräußerten eigenen Aktien (vergl. § 1 zu Art. 217) muß übrigens auch bei Ablehnung der Cosackschen Ansicht angenommen werden; im Ergebnis würde ja ein solches Versprechen immer der Eingangsbestimmung des Art. 217 zuwiderlaufen. Die angeführten Rechtssätze finden auch Anwendung, wenn die Aktiengesellschaft die Aktien zwar in der Absicht, das Mitgliedschaftsrecht einzuziehen und die Aktienurkunden zu vernichten, erwirbt, aber nach dem Statute die Erlöschung des Mitgliedschaftsrechtes von der erfolgten physischen Vernichtung der Aktienurkunde abhängig ist, bis diese Vernichtung wirklich erfolgt ist (vergl. Rehm, S. 470). Will die Aktiengesellschaft die zum Zwecke der Vermögensanlage erworbenen eigenen Aktien zu diesem Zwecke nicht weiterbehalten oder kann sie dies nicht mehr und bringt sie die Absicht, das Aktienrecht zu vernichten, durch Zerstörung der Urkunde oder auf andere Weise zum konkreten Ausdrucke, so kommen nunmehr jene Grundsätze zur Anwendung, welche bei der Einziehung der Aktienrechte durch freihändigen Ankauf gelten (vergl. § 5 im 1. Exkurse zu Art. 248). Von diesem Gedanken geht auch der Schlußsatz des § 32, Abs. 2 A. Reg. aus, indem er verfügt, daß im Falle, als zulässigerweise **§ 3.**

[17]) Vergl. hierüber insbesondere Runkel-Langsdorf, Die Folgen des Erwerbes eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft (Leipzig, 1906); Cosack, Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft (Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen, 1907).

[18]) Der Sache nach kommt der Gesichtspunkt, daß in dem Verkaufe eigener Aktien seitens der Gesellschaft eine Neuemission gelegen sei, auch in den Gründen des RG (62, S. 29) zum Ausdrucke. Vergl. hiezu Bolze in Leipziger Z., 1907, S. 1, und Hagens ebenda, S. 241; vergl. auch § 34 zu Art. 208.

Digitized by Google

(nämlich zulässigerweise nach dem Aktienregulativ) erworbene eigene Aktien nicht rasch weiter veräußert werden können, eine Reduktion des Aktienkapitals unter Beobachtung der hiefür bestehenden Vorschriften durchzuführen ist.

§ 4. 4. **Die Folgen des unzulässigen** Erwerbes eigener Aktien sind Nichtigkeit des betreffenden Erwerbsgeschäftes; denn es handelt sich um einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, daher steht dem Erwerber auch kein Klagerecht gegen die Gesellschaft zu (AdlCl. 757; Lehmann II., S. 85; dagegen Endemann a. a. O.; Randa II., S. 194, N. 142). Ferner tritt eine Haftung der Vorstandsmitglieder auf Grund der Art. 248 und 241 ein und endlich kann gegen den unzulässigen Erwerb eigener Aktien seitens der Aktiengesellschaft die Aufsichtsbehörde auf die oben angegebene Art und Weise (vergl. oben § 3) einschreiten (Endemann a. a. O.).

§ 5. 5. **De lege ferenda** ergeben sich gegen die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft schwere Bedenken. Es ist einmal in der Praxis nicht immer leicht, festzustellen, ob der Erwerb aus dem verfügbaren Reingewinne oder aus den Mitteln des Grundkapitals erfolgte. Dann liegt eine beträchtliche Gefährdung der Gläubiger darin, daß eigene Aktien, sofern sie nicht während des Bestandes der Gesellschaft weiterveräußert werden, im Zustande der Liquidation wertlos werden. Dann gibt der Ankauf eigener Aktien mannigfache Gelegenheit, den Kurs der Aktien durch unlautere Manipulationen zu beeinflussen. Schließlich steht der Ankauf eigener Aktien auch mit dem Grundsatze der Gleichberechtigung sämtlicher Aktionäre nicht im Einklange (vergl. Lehmann II., S. 79; Endemann a. a. O.; Grünhut, Das Aktienregulativ). Diese Erwägungen führten dazu, daß bereits die Aktiennovelle vom Jahre 1870 ein allgemeines Verbot des Erwerbes eigener Aktien aufstellte und auch § 226 d. HGB. verbietet, daß eine Aktiengesellschaft im regelmäßigen Geschäftsbetriebe eigene Aktien erwirbt oder zum Pfande nimmt, sofern nicht eine Kommission zum Einkaufe vorliegt.[19]) Für das künftige österreichische Aktiengesetz wird die Erlassung eines grundsätzlichen Verbotes des Erwerbes eigener Aktien (gewisse Ausnahmen sollen zugelassen werden) allgemein befürwortet (Gutachten der niederösterreichischen Handels- und Gewerbekammer, der Wiener Börsekammer und des niederösterreichischen Gewerbevereines zu Frage 43 des Fragebogens). Vergl. auch das bezüglich des Erwerbes eigener Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgesprochene Verbot in § 81 GmbHG.

§ 6. 6. **Das Aktienregulativ** macht im § 32 die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien von gewissen Voraussetzungen abhängig. Die rechtliche Bedeutung dieser Vorschriften bedarf jedoch einer näheren Erläuterung. Das Aktienregulativ als bloße Verordnung kann nicht einen nach dem Gesetze zulässigen Erwerb zu einem unzulässigen machen. Auch das Aufsichtsrecht der staatlichen Verwaltungsbehörde (§ 22 VerG.) reicht nicht soweit, daß die Verwaltungsbehörde gegen einen Vorgang der Gesellschaft einschreiten kann, der weder gesetz- noch statutenwidrig ist. Soll daher die Bestimmung des § 32 A. Reg., soweit sie Anordnungen enthält, die sich nicht schon aus dem Gesetze ergeben, von irgendwelcher praktischen Wirksamkeit sein, so muß in das Statut eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach die Aktiengesellschaft sich in dem Erwerbe eigener Aktien selbst beschränkt. Findet dann ein Erwerb eigener Aktien statt, ohne daß die hiefür im Statute an-

[19]) Gegen diese allgemein gefaßten, alle Erwerbsarten treffenden Bestimmungen siehe Lehmann II., S. 81.

Digitized by Google

gegebenen Voraussetzungen zutreffen, so liegt eine statutenwidrige Handlung der Gesellschaft vor und es kann gegen die Gesellschaft seitens der Verwaltungsbehörde im Wege der Ausübung des Aufsichtsrechtes eingeschritten werden (so auch Amtl. S. 787). Im einzelnen enthält das Aktienregulativ über den Gegenstand folgende Bestimmungen:

α) Zulässig soll der Erwerb eigener Aktien, abgesehen von dem gar nicht hieher gehörenden Falle die Aktieneinziehung zum Zwecke der Durchführung einer Kapitalsherabsetzung und zum Zwecke der Ausführung einer im Statute vorgesehenen sukzessiven Einlösung der Aktien, nur sein, wenn er unentgeltlich erfolgt, oder wenn er im Exekutionswege zur Hereinbringung einer eigenen Forderung der Gesellschaft erfolgt. Auch der Erwerb eigener Aktien im Wege einer Einkaufskommission fällt im Unterschiede zu § 226 d. HGB. unter dieses Verbot (Grünhut, Das Aktienregulativ; Randa II., S. 194, ebenso § 81 GmbHG), obzwar hier der Erwerb nur formaljuristisch auf den Namen der Gesellschaft erfolgt (vergl. Lehmann II., S. 81). Was den Erwerb im Exekutionswege betrifft, so nimmt die Gesellschaft denselben nicht freiwillig, sondern bloß infolge wirtschaftlicher Nötigung vor. Die Zulässigkeit des Erwerbes der Aktienrechte im Falle der Kaduzierung derselben ergibt sich bereits aus dem Gesetze und wird auch vom Aktienregulativ anerkannt. Das Aktienregulativ enthält bloß Bestimmungen gegen den Eigentumserwerb, aber nicht gegen die Belehnung eigener Aktien (Grünhut a. a. O.; a. M. Randa II., S. 194; vergl. jetzt § 226 d. HGB. und § 81 GmbHG.).

β) Das Aktienregulativ verlangt, daß die zulässigerweise erworbenen Aktien mit tunlichster Beschleunigung weiterveräußert werden. Auch diese Verpflichtung der Gesellschaft ergibt sich nicht aus dem Gesetze, kann daher im Wege des Aufsichtsrechtes nur erzwungen werden, wenn sich die Gesellschaft im Statute eine solche Verpflichtung auferlegt hat. Die weitere Bestimmung des Aktienregulativs, daß im Falle der Undurchführbarkeit der Weiterveräußerung eine Reduktion des Grundkapitals unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften durchzuführen ist, wurde bereits oben, bei § 3, erwähnt. Diese Bestimmung, soweit sie sich auf eine Undurchführbarkeit der Veräußerung überhaupt, nicht bloß auf die Undurchführbarkeit unverzüglicher Veräußerung bezieht, rechtfertigt sich dadurch, daß in diesem Falle die eigenen Aktien jeden Wert verloren haben und aus dem bloßen Ruhen der Mitgliedschaftsrechte eine wirkliche Konfusion geworden ist.

γ) Die Anforderung, daß die im Laufe eines Jahres erfolgte Erwerbung und Veräußerung eigener Aktien im Jahresberichte ersichtlich zu machen ist (§ 32, Abs. 3), läßt sich aus dem der Verwaltungsbehörde zustehenden Aufsichtsrechte begründen.

Fünfter Abschnitt.

Schlußbestimmungen.

Artikel 249.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Aktiengesellschaften im allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf. Auch in diesem Falle kommen

Digitized by Google

jedoch die Bestimmungen dieses Titels zur Anwendung, ausgenommen insoweit dieselben:

1. zur Errichtung einer Aktiengesellschaft (Art. 208, 210, 211),

2. zu Beschlüssen der Generalversammlung (Art. 214),

3. zur Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung mit einer anderen Aktiengesellschaft (Art. 247),

4. zur teilweisen Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre (Art. 248),

die staatliche Genehmigung und deren Eintragung in das Handelsregister erfordern, und

5. die Anzeige, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, sowie die hierauf zu erlassende Verfügung der Verwaltungsbehörde (Art. 240, 242, Z. 3)

zum Gegenstande haben; der Gesellschaftsvertrag muß jedoch die in dem Art. 209 verzeichneten Bestimmungen enthalten, bevor die in dem Art. 210 vorgeschriebene Eintragung in das Handelsregister erfolgen kann.

Außerdem bleibt den Landesgesetzen überhaupt vorbehalten, zu bestimmen, daß für besondere Arten von Aktiengesellschaften oder in besonderen Fällen durch den Gesellschaftsvertrag mit staatlicher Genehmigung

1. die in dem Art. 222 bestimmte Höhe der Einzahlung von 40% des Nominalbetrages der Aktien bis auf 25% dieses Betrages herabgesetzt und

2. die in dem Art. 239 bestimmte Frist zur Vorlegung der Bilanz bis auf zwölf Monate seit Ablauf des Geschäftsjahres ausgedehnt werden darf.

Von dem Vorbehalte, von dem Erfordernisse der staatlichen Genehmigung abzusehen, hat die österreichische Gesetzgebung keinen Gebrauch gemacht. Abs. 1 des vorliegenden Artikels ist daher für Österreich ohne praktische Bedeutung. Abs. 2 findet durch § 35 EinfG. zum HGB. seine Ausführung und Ergänzung (vergl. § 4 zu Art. 222 und § 7 zu Art. 239).

Zusatz zum zweiten Buche.

Aktienrechtliche Strafbestimmungen enthält das österreichische Recht nicht (vergl. Rehm, S. 917; Hirsch, Das Sonderstrafrecht der handelsrechtlichen Gesellschaften [Karl Stooß gewidmet. Fünf strafrechtliche Abhandlungen. Wien, Manz, 1907], S. 2 und 9). In der deutschen Aktiengesetzgebung kommen derartige Strafbestimmungen bereits in den verschiedenen Einführungsgesetzen zum Handelsgesetzbuche vor, die Aktiennovelle vom Jahre 1870 hat diese Bestimmungen teilweise aufgenommen. Die dortselbst enthaltenen Strafnormen wurden in der Aktiennovelle vom Jahre 1884 bedeutend erweitert und von derselben in das Handelsgesetzbuch ziemlich unverändert hinübergenommen. Es sind folgende Hauptgruppen von Handlungen, die unter Strafe gestellt sind: Absichtliches Handeln der Gesellschaftsorgane zum Nachteile der Gesellschaft, unrichtige Angaben bei der Gründung gegenüber den Behörden, unrichtige Angaben der Gesellschaftsorgane bei Vorlagen zum Zwecke der Rechnungslegung, Fälschung des Mehrheitswillens der Gesellschaft (vergl. auch Hirsch a. a. O., S. 21). Das Aktienregulativ als Verordnung konnte selbstverständlich keine Strafbestimmungen aufstellen.

Digitized by Google

Das GmbHG. enthält in den §§ 121 bis 125 dem deutschen HGB. entsprechende Strafbestimmungen (vergl. Hirsch, S. 10). Vergl. auch § 89 GenG. Die verschiedenen österreichischen Entwürfe zu einem Aktiengesetz enthielten durchwegs Strafbestimmungen; solche kommen auch in dem Vorentwurfe zu einem Gesetz über Versicherungsanstalten vor (vergl. hiezu Hirsch, S. 10). Über die Notwendigkeit aktienrechtlicher Sonderbestimmungen besteht freilich keine vollständige Einigkeit (vergl. hierüber Hirsch, S. 3).

Drittes Buch.

Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Erster Titel.

Von der stillen Gesellschaft.

Artikel 250.

Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt.

Zur Gültigkeit des Vertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder sonstiger Förmlichkeiten nicht.

Literatur: Lübbert, Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft, GZ. 58, S. 464 ff.

Vorbemerkung. Die stille Gesellschaft ist nach dem System des Handelsgesetzbuches keine Handelsgesellschaft. Von den Handelsgesellschaften handelt das zweite Buch. Dieses dritte Buch handelt von den Gesellschaften, die dem Handelsrechte angehören, ohne Handelsgesellschaften zu sein (vergl. § 1 zu Art. 85 und die Anführung der stillen Gesellschaft neben den Handelsgesellschaften in § 39, Z. 3 EinfG. zum HGB.). Dagegen ist nach dem Willen des Gesetzes, der sich aus der Fassung und dem Inhalte desselben ergibt, die stille Gesellschaft eine Gesellschaft. Diese Hervorhebung, daß sie Gesellschaft ist, ist wichtig, weil dies zur Folge hat, daß subsidiär die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Gesellschaft zur Anwendung kommen (Behrend, § 91, Anm. 45). Die Unterstellung der stillen Gesellschaft unter den Begriff der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes wird insbesondere von Lübbert (a. a. O., S. 504 ff.) bekämpft; sein Hauptargument aber, daß die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes begrifflich aus einer unbeschränkten Anzahl von Teilnehmern bestehen kann, während der stillen Gesellschaft die Zahl von zwei Teilnehmern wesentlich ist (vergl. unten § 1), scheint nicht überzeugend. Die unbeschränkte Anzahl der Teilnehmer ist eben nur eine naturale, aber keine essentiale der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes; unterstellt doch das allgemeine

Digitized by Google

bürgerliche Gesetzbuch auch die begrifflich auf zwei Personen beschränkte eheliche Gütergemeinschaft den Bestimmungen des 27. Hauptstückes des II. Teiles.

Der vorstehende Artikel gibt die Definition der stillen Gesellschaft (Abs. 1) und bestimmt die Formfreiheit des Gesellschaftsvertrages (Abs. 2).

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Die Definition der stillen Gesellschaft.**

a) **Jemand** beteiligt sich. Für die Person des stillen Gesellschafters ist eine besondere Qualität nicht vorgeschrieben. Allgemeiner kann das Erfordernis gar nicht aufgestellt werden. Stiller Gesellschafter kann daher jede Person sein. Kaufmannsqualität braucht sie nicht zu haben, sie kann andrerseits auch eine Handelsgesellschaft sein (Canstein I., S. 643; Blaschke-Pitreich, S. 253; Pollitzer, S. 220). So sind denn offene Handelsgesellschaften, einfache Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, unmündige Personen, Ehefrauen fähig, stille Gesellschafter zu sein. Darüber, wer beim Vorhandensein gesetzlicher Vertreter berechtigt ist, den stillen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, vergl. unten § 10.

Auch mehrere Personen können stille Gesellschafter sein. Es bestehen dann so viele stille Gesellschaften, als stille Teilnehmer vorhanden sind. Indessen können diese untereinander sich organisieren, und auch der Komplementar kann die Organisation sich gegenüber als maßgebend anerkennen (Anschütz und Völderndorff, S. 877). Sonst besteht zwischen den mehreren stillen Gesellschaftern eines Komplementärs keine rechtliche Beziehung (Randa II., S. 37). Eine stille Gesellschaft kann begrifflich nur aus zwei Personen bestehen (vergl. insbesondere Lübbert a. a. O., S. 505).

b) **An dem Betriebe des Handelsgewerbes** muß die Beteiligung erfolgen. Wenn es sich um kein Handelsgewerbe handelt, so ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes oder vielmehr ein Rechtsverhältnis bürgerlichen Rechtes vorhanden. Nach dem bürgerlichen Rechte ist dann zu beurteilen, ob eine Gesellschaft vorliegt und welche Vorschriften auf sie Anwendung finden. So z. B., wenn jemand an dem sogenannten Baugeschäfte eines anderen, welches in der Aufführung von Bauten zum Zwecke der Weiterveräußerung besteht, sich mit einer Einlage beteiligt.

Indessen kann das Handelsgewerbe auch das Gewerbe eines Minderkaufmannes sein (Canstein I., S. 640; Pollitzer, S. 220; vergl. AdlCl. 1194), da ja keine Handelsgesellschaft vorliegt (vergl. § 6 zu Art. 10, insbesondere die dort zitierte Entscheidung RG. 9, S. 81). Renaud (Die stille Gesellschaft, S. 72) folgert aus Art. 251 und 257 das Gegenteil. Allein durch diese Artikel soll nicht die Notwendigkeit statuiert werden, daß der Komplementar auch das Firmenrecht haben müsse. Es sind nur die Fälle geregelt, in denen er es hat. (Übereinstimmend Behrend, § 91, Anm. 6; Hahn, § 7; Cosack, S. 602.) So folgt ja auch aus Art. 252 nicht, daß nur körperliche Sachen eingelegt werden dürfen, weil nur solche zum Eigentum übertragen werden können, sondern er regelt nur den Fall, daß körperliche Sachen eingebracht werden.

Wenn sich andrerseits die Beteiligung nur auf einzelne Handelsgeschäfte, aber nicht auf das Handelsgewerbe als solches bezieht, so liegt wiederum keine stille Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches, sondern eine Gelegenheitsgesellschaft vor, von der sie sich gerade

Digitized by Google

hiedurch unterscheidet (ROHG. 9, S. 160). Doch ist nicht gerade erforderlich, daß die Beteiligung am ganzen Handelsgewerbe erfolgt: es genügt Beteiligung an einem begrenzten Teile des Handelsgewerbes, etwa an den Ergebnissen einer Zweigniederlassung oder eines von mehreren Geschäften an demselben Orte oder auch an einem bestimmten Zweige des Geschäftes, z. B. bloß an der Verlagsbuchhandlung, nicht an der Sortimentsbuchhandlung, oder an dem Betriebe einer Zeitung, wenn der Komplementar noch andere Verlagsartikel hat. Bevor der Komplementar das Handelsgewerbe nicht betreibt, ist die stille Gesellschaft nicht entstanden. Die Verpflichtung, eine erhaltene Einlage in dem künftigen Betriebe eines Handelsgewerbes zu verwenden, stellt keine stille Gesellschaft, sondern ein Vertrag auf Begründung einer solchen dar (dies gegen Lübbert a. a. O., S. 512).

c) **Eines anderen** Handelsgewerbe muß es sein. Das ist dasjenige Begriffsmerkmal, welches die stille Gesellschaft von der einfachen Kommanditgesellschaft unterscheidet. Bei der letzteren vereinigen sich Komplementar und Kommanditist zu einem gemeinsamen, unter gemeinschaftlicher Firma zu betreibenden Handelsgewerbe: der Kommanditist verspricht nicht nur dem Komplementar, daß er an den Ergebnissen des Geschäftes in gewisser Höhe teilnehmen wolle, sondern er macht auch gleichzeitig eine öffentliche Zusage dieses Inhalts, infolge deren er den Gläubigern insoweit direkt haftet. Der Komplementar betreibt demgemäß das Geschäft nicht bloß für gemeinschaftliche Rechnung, sondern auch in gemeinsamem Namen. Anders bei der stillen Gesellschaft. Hier verspricht der Teilnehmer nur dem Komplementar, daß er an den Ergebnissen des Geschäftes in gewisser Höhe teilnehmen wolle, eine gleiche öffentliche Zusage macht er nicht, weshalb er den Gläubigern direkt nicht haftet. Der Komplementar betreibt demgemäß das Geschäft hier nur für gemeinschaftliche Rechnung, aber in seinem eigenen Namen. Die Firma ist daher seine Firma (Art. 251, 257), das Gesellschaftsvermögen einschließlich des Unternehmens ist sein Vermögen, z. B. bleibt ein Patent, welches er eingebracht hat, sein Eigentum, das vom stillen Gesellschafter Eingebrachte wird sein Eigentum (näheres Art. 252), der Beitritt des stillen Gesellschafters wird nicht registriert, da er die Öffentlichkeit nichts angeht (Art. 251, 260). Nicht entgegen steht dem hier Gesagten Art. 259. Dort ist keine Haftung gegenüber den Gläubigern statuiert, vielmehr nur ein Recht paulianischer Natur zur Vermeidung von Bevorzugung des den Verhältnissen nahestehenden stillen Gesellschafters vor den anderen, den Verhältnissen fernerstehenden Gläubigern. Selbst eine Kundmachung an die Gläubiger nach Art. 260 erzeugt keine direkte Haftung (hierüber näheres Art. 260). **§ 8.**

Über die Qualität des anderen, des Komplementars, ist wiederum nichts vorgeschrieben: daraus, daß die Beteiligung an einem Handelsgewerbe erfolgen muß, ergibt sich, daß er Kaufmann sein muß, aber nichts anderes zu sein braucht: er kann auch Minderkaufmann sein (vergl. oben § 2), auch eine Handelsgesellschaft (offene Handelsgesellschaft,[1]) Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, Gesellschaft m. b. H.).

[1]) Wenn es eine offene Handelsgesellschaft ist, so ist diese die Komplementarin, nicht die offenen Handelsgesellschafter. So insbesondere kommt bei Art. 259 lediglich der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft in Betracht (RG. 30, S. 35).

Digitized by Google

Wer für handlungsunfähige Personen, insbesondere für Handelsgesellschaften, den Vertrag schließen kann, darüber vergl. unten § 10.

§ 4. d) **Mit einer Vermögenseinlage** muß die Beteiligung erfolgen. Das ist wesentliches Erfordernis (Bolze 10, Nr. 534; RG. 33, S. 129). Gegenstand der Einlage kann jedes Vermögensobjekt sein (Geld, Sachen, Forderungen, ein bestehendes Unternehmen). Auch Dienste, wenn die Arbeitsleistung in Geld schätzbar ist, können Gegenstand der Einlage sein (Behrend, § 91, Anm. 14; Randa II., S. 35; a. M. Lastig bei Endemann I., S. 705; Lübbert a. a. O., S. 515). Das Erfordernis, daß der inserierte Gegenstand bereits in der Hand des Einlegers ein Aktivum darstellen muß (vergl. § 9 im Zusatze zu Art. 208 bis 210), läßt sich hier nicht aufstellen. Auch in einer bloßen Gebrauchsüberlassung kann die Einlage bestehen (Randa II., S. 35). Ein bloßer Warenkredit, das heißt die Verpflichtung, Waren zu verkaufen und den Kaufpreis zu kreditieren, ist keine geeignete Vermögenseinlage (RG. 31, S. 74).

Besteht die Vermögenseinlage in Diensten, so besteht der Unterschied des stillen Gesellschafters vom commis interessé darin, daß der letztere durch einen Dienstvertrag angestellt ist und daher in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Inhaber des Handelsgewerbes steht (Behrend, § 91, Anm. 14). Freilich ist damit praktisch die Sache nicht immer erledigt, denn der Praxis kommt es häufig darauf an, gerade umgekehrt festzustellen, ob ein vorliegender Vertrag als stiller Gesellschaftsvertrag oder Dienstvertrag anzusehen ist, um hieraus abzuleiten, ob ein Abhängigkeitsverhältnis vorliege, welche Kündigung gelte usw. Bietet der Vertrag bestimmte Anhaltspunkte für ein Abhängigkeitsverhältnis, so liegt ein Dienstvertrag vor. Aber man muß noch weiter gehen und als aus der Natur der Sache folgend annehmen, daß im Zweifel ein Dienstvertrag als vorliegend zu erachten sei, wenn gegen Anteil am Gewinn und Verlust Dienste versprochen sind. Denn es liegt nun einmal im Zuge der Zeiten und es ist von jeher nicht anders gewesen, als daß das Kapital herrscht und wer nichts in die Schanze zu schlagen hat als seine Arbeitskraft, der dienende Teil ist. Wer seine Dienste verspricht, schließt im Zweifel einen Dienstvertrag (vergl. zur Bestätigung das Urteil des RG. 33, S. 130; ferner bei Bolze 10, Nr. 534; dort hatte jemand gegen Beteiligung am Gewinn und Verlust des Unternehmens das Rohmaterial herzustellen und das Fabrikat fertigzustellen und wurde als commis interessé angesehen).

Die Vermögenseinlage muß bestimmt oder bestimmbar sein. Es ist nicht erforderlich, daß ihr Betrag ein- für allemal fixiert wird. Die Zusagen periodischer Zahlungen oder Erhöhung im Falle des Bedürfnisses sind zulässig (Behrend, § 91, Anm. 12).

§ 5. e) **Gegen Anteil am Gewinn und Verlust.** Der stille Gesellschafter muß seine Einlage von den Schicksalen des Geschäftes abhängig machen.

α) Anteil am Gewinn. Dieser muß so fixiert sein, daß die wechselnden Geschäftsergebnisse auch die Beteiligung des stillen Gesellschafters treffen, er muß hinsichtlich seines Gewinnes das Risiko des Geschäftes mit tragen. Die Verpflichtung, Waren zu liefern, und das dagegen stipulierte Recht auf Zahlung des Einkaufspreises und eines bestimmten Preiszuschlages ist keine zulässige Gewinnbeteiligung (RG. 31, S. 73,

Digitized by Google

74). Es steht jedoch nichts entgegen, die Gewinnbeteiligung in maximo zu fixieren (Behrend, § 91, Anm. 24). Das gleiche gilt von der Stipulierung einer Mindesteinnahme, sei es in Form eines festen Zinses oder eines festen Zinses mit Gewinnanteil (vergl. ROHG. 9, S. 33, 37; 12, S. 99; Behrend, § 91, Anm. 24; dagegen RG. 20, S. 165). Nur darf die Stipulierung nicht in dem Sinne erfolgen, daß der stille Gesellschafter von der Beteiligung am Verluste ausgeschlossen ist, sondern in dem Sinne, daß der stille Gesellschafter zwar einen festen Zins erhält, daß aber seine Einlage für Verluste haftet (ähnlich wie beim offenen Handelsgesellschafter, Art. 106 und 108). Die Stipulierung, daß er am Verluste nicht teilnehmen sollte, nimmt dem Verhältnisse den Charakter der stillen Gesellschaft (vergl. § 6). Wer gegen unsere Ansicht den Ausschluß der Verlustbeteiligung bei der stillen Gesellschaft für zulässig hält (vergl. § 6), der muß beim Ausbedingen fester oder Minimaleinkünfte den Parteiwillen darüber entscheiden lassen, ob Darlehensvertrag oder stille Gesellschaft vorliegt. Wenn der Parteiwille aber nicht klar ist, so fehlt unseren Gegnern für die Interpretation jeder feste Boden, denn das einzige sichere Fundament der Unterscheidung (Teilnahme an den Schicksalen der Gesellschaft nach beiden Richtungen) versagt. Ein Beispiel für diese unzulängliche Auslegung bietet RG. 20, S. 165. Dort war dem Verhältnisse der stille Gesellschaftscharakter um deshalb abgesprochen, weil es „in erster Linie" ein Anrecht auf feste Zinsen begründete, während der daneben stipulierte Anspruch auf den Gewinnanteil nur eine „akzessorische und eventuelle" Bedeutung habe. Allein neben festem Zins hat ein Gewinnanteil stets nur eine „akzessorische und eventuelle Bedeutung" (vergl. hiezu RG. 31, S. 34 — Stipulierung von Zinsen und Gewinn spricht nicht zwingend gegen Darlehen — Bolze 16, Nr. 346 — Stipulierung von Gewinnanteil ohne festen Zins spricht auch nicht zwingend gegen Darlehen). Sicher ist, daß in Wahrheit keine Gesellschaft vorliegt, wenn der stille Gesellschafter bloß Zinsen erhält und weder am Gewinne noch am Verluste partizipiert.

β) Anteil am Verluste. Auch dieser ist im vorliegenden Artikel als Begriffsmerkmal hervorgehoben, und es folgt hieraus, daß eine stille Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches bei gänzlicher Befreiung vom Verluste nicht vorliegt. Die Frage ist freilich bestritten. Das ROHG. erachtete den gänzlichen Verlustausschluß für vereinbar mit dem Wesen der stillen Gesellschaft (12, S. 100); das Reichsgericht erachtete ihn anfangs für unvereinbar (RG. 3, S. 9, und Bolze 1, Nr. 1159), später neigte es zur Ansicht des ROHG. (RG. 20, S. 165 und 27, S. 16), welche zuletzt von ihm mit Entschiedenheit vertreten wurde (RG. 30, S. 57; 31, S. 35). Ebenso OLG. Karlsruhe in GZ. 40, S. 480; AdlEl. 118; dagegen mit uns OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 482 und in GZ. 43, S. 336. Auch in der Doktrin herrscht keine Einigkeit; Renaud-Laband, S. 85; Lastig bei Endemann I., S. 705; Förtsch, Anm. 2; Cosack, S. 605; Canstein I., S. 643; Blaschke-Pitreich, S. 253, Anm. 5; Rauda II., S. 36, treten dem ROHG. und RG. bei; Gareis-Fuchsberger (S. 565, Anm. 7); Willenbücher (Anm. 3) und Pollitzer (S. 220) vertreten die hier § 6.

Digitized by Google

niedergelegte Auffassung von der Unstatthaftigkeit des Verlustausschlusses. Dieselbe folgt aus der Definition des Gesetzes.

Es kann angesichts dieser Definition darauf keine Rücksicht genommen werden, daß der Ausschluß von der Verlustbeteiligung begrifflich (vom Standpunkte abstrakter Rechtsanschauung) zum Wesen einer stillen Gesellschaft nicht gehört, auch darauf nicht, daß die Anschauungen des Handelsverkehres einer solchen Einengung des Institutes abhold sind; es muß vielmehr entscheiden, daß das Gesetz klar und deutlich das Rechtsinstitut der stillen Gesellschaft in dieser bestimmten Auffassung anerkannt hat, und es muß angesichts dieses Umstandes an dem Ausspruche festgehalten werden, mit welchem Behrend selbst (§ 99, Anm. 44) in einem ähnlichen Streite einen seiner Gegner bekämpft. „Ist im Gesetze eine bestimmte Auffassung von dem Wesen eines Rechtsinstitutes ausdrücklich anerkannt oder zur Geltung gebracht, so wird die Jurisprudenz sich nur dann darüber hinwegsetzen dürfen, wenn die gesetzliche Auffassung einen Vorstoß gegen allgemeine Denkgesetze enthält." Daß ein solcher Verstoß vorliege, behauptet aber niemand. Daß hier keine Definition, sondern eine Beschreibung des regelmäßigen Inhaltes des Verhältnisses vorliegt, wird von Behrend (§ 91, Anm. 25) behauptet, aber durch nichts bewiesen, obwohl dies doch gerade vom Standpunkte des Handelsgesetzbuches eine Abnormität wäre. Denn seine sonstigen Legaldefinitionen sind wahre Begriffsbestimmungen.

Übrigens enthält dieses Resultat insofern keinen mißlichen Gegensatz zu den Bedürfnissen und Anschauungen des Handelsverkehres, als es den Parteien unbenommen bleibt, durch ihre Vereinbarung, zwar nicht, wie das Reichsgericht, Bd. 27, S. 16, und mit ihm Förtsch, Anm. 2, sagt, eine stille Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des stillen Gesellschafters vom Verluste zu begründen, wohl aber eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit der Bestimmung zu begründen, daß die sonstigen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die stille Gesellschaft auf dieses Verhältnis Anwendung finden. Und man wird nicht fehlgehen, wenn man Verträge, in denen die Kontrahenten eine „stille Gesellschaft" begründet und den „stillen Gesellschafter" vom Verluste ausgeschlossen haben, dahin deutet, daß ein so geartetes Verhältnis begründet werden sollte.[2])

§ 7. 2. (Abs. 2.) **Formfreiheit** des Gesellschaftsvertrages. Die Vorschrift wird gewöhnlich als überflüssig bezeichnet, da schon Art. 317 die Formfreiheit aller Handelsgeschäfte statuiere (vergl. z. B. Lastig bei Endemann I., S. 734; Behrend, § 91, Abs. 27; Willenbücher, Anm. 4). Demgegenüber weist Renaud, S. 98, darauf hin, daß ein Handelsgeschäft dann nicht vorliegt, wenn der Komplementar den stillen Gesellschaftsvertrag abschließt, ehe er das Handelsgewerbe beginnt. Dieser Hinweis ist allerdings nicht ohne Bedenken, da auch die vorbereitenden Geschäfte eines Kaufmannes Handelsgeschäfte sein können (vergl. § 2 zu Art. 273). Übrigens hat die Frage nach der Form für das österreichische Recht im Hinblicke auf die Bestimmung des § 884 ABGB. wohl kaum eine praktische Bedeutung.

[2]) § 336, Abs. 2, d. HGB. erklärt es für zulässig, daß sich der stille Gesellschafter bloß am Gewinne beteiligt.

Digitized by Google

Auch hier kann der Vertrag durch konkludente Handlung geschlossen werden (vergl. jedoch § 8).

Auch die Aufhebung des stillen Gesellschaftsvertrages kann mündlich erfolgen.

Zusätze zu Abs. 2.

1. **Daß überhaupt ein Vertrag geschlossen werde**, ist absolut erforderlich. Denn das stille Gesellschaftsverhältnis besteht ja nur in den vertraglichen Verhältnissen zwischen dem Komplementar und dem Gesellschafter. Ein Verhältnis zu Dritten, insbesondere zu den Gläubigern der Gesellschaft, besteht nicht. Es gibt daher hier keine Rechtswirkungen, die bloß durch den äußeren Tatbestand einer stillen Gesellschaft erzeugt werden. § 8.

Aus der Notwendigkeit eines Gesellschaftsvertrages folgt, daß eine bloß tatsächliche Verwendung eines fremden Kapitals, etwa des Heiratsgutes, keine stille Gesellschaft begründet (H. A. G. Nürnberg in Busch Archiv 24, S. 339).

2. **Der Inhalt des Vertrages** ist durch Art. 250 vorgeschrieben. Er muß wesentlich diese Bestandteile enthalten, selbstverständlich nicht ausdrücklich, vielmehr muß der Wille der Parteien darauf gehen, daß eine Beteiligung dieser Art stattfinde. Es wird z. B. vollständig genügen, wenn jemand einem Kaufmanne eine Summe übergibt mit der Abrede, sein stiller Gesellschafter zu werden. Die näheren Modalitäten folgen dann aus dem Gesetze, insbesondere die Höhe des Anteiles (Art. 254). Der Vertrag ist auch den mannigfachsten Modifikationen zugänglich. Es kann der stille Gesellschafter zur Geschäftsführung zugelassen oder gar verpflichtet sein, ja er kann nach innen das ganze Regiment und der Firmeninhaber nichts zu sagen haben; er kann auch alles, was im Geschäfte ist, eingelegt haben und den ganzen Gewinn und den ganzen Verlust tragen, während der Firmeninhaber nur einen bestimmten Lohn erhält. Der stille Gesellschafter kann auch Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter sein und für die Gesellschaft handeln ohne die Gefahren des Art. 167, Abs. 3. § 9.

Der Komplementar kann auch dem stillen Gesellschafter wegen seiner Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis eine Kredithypothek (§ 14, Abt. 2 GrdbG.) bestellen. Die Beweislast, daß die Einlage untergegangen ist, trifft nach Ansicht des Reichsgerichtes in solchem Falle den Gläubiger (Bolze 5, Nr. 1144; vergl. jedoch Zusatz 1 zu Art. 265).

Über die Verpflichtungen der beiden Gesellschafter aus dem Vertrage vergl. zu Art. 252.

3. **Inwieweit ein stiller Gesellschaftsvertrag von den gesetzlichen Vertretern handlungsunfähiger Personen geschlossen werden kann**, hängt von dem Umfange ihrer Vollmacht ab. Festzuhalten ist, daß auf Seite des stillen Gesellschafters nur der Abschluß eines Vertrages, nicht der Betrieb eines Handelsgewerbes in Rede steht. Der offene Gesellschafter kann einen stillen Gesellschafter aufnehmen, da ihm in aller und jeder Hinsicht die Vertretung der Gesellschaft zusteht, und solcher Vertrag hat volle Rechtswirkung. Nur nach innen ist er darin beschränkt, weil es sich um ein ungewöhnliches Geschäft handelt (vergl. § 3 zu Art. 98). Der Meinung Behrends (§ 91, Anm. 8) und Puchelts (Anm. 12), daß auch die äußere Vertretungsmacht des offenen Gesellschafters soweit nicht reicht, kann nicht beigetreten werden. Was die Aktiengesellschaft betrifft, so soll nach Behrend (§ 91, Anm. 9) immer die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich sein. Das ist nicht richtig. Der Vorstand hat die unbeschränkte Vertretungsbefugnis, § 10.

Digitized by Google

selbst wenn der Gegenstand des Unternehmens durch seine Geschäfte überschritten wird. Seiner Stellung nach innen wird er freilich nur gerecht, wenn er sich im Rahmen seiner Instruktionen und insbesondere der Gesellschaftsgeschäfte hält. Aber auch diesen Rahmen überschreitet er nicht einmal ohneweiters durch Schließung eines stillen Gesellschaftsvertrages.

§ 11. 4. **Ein Wechsel in der Person der Sozien, eine Übertragung der Gesellschaftsrechte** kann ohne beiderseitige Zustimmung nicht erfolgen: weder der Komplementar kann dem stillen Sozius einen anderen Komplementar an seiner Stelle oktroyieren, noch der stille Sozius dem Komplementar einen anderen stillen Gesellschafter (vergl. § 1186 ABGB.; Canstein I., S. 656). Eine Zession des Gesellschaftsanteiles bedeutet nichts als die Abtretung der Ansprüche auf die vermögensrechtlichen Bezüge (Gewinne, Zinsen und Auseinandersetzungsguthaben). Insoweit liegt eine richtige Zession vor (RG. 18, S. 43; Canstein I., S. 656). Mit Unrecht erklärt die Berufungsentscheidung des Handelsgerichtes Wien vom 28. Dezember 1898, B c X 46/98 auch dies für unzulässig. Dagegen kann der stille Gesellschafter seine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, insbesondere die Rechte aus Art. 253, auf den Rechtsnachfolger nicht übertragen (Anschütz und Völderndorff, S. 875). Löst sich daher z. B. eine offene Handelsgesellschaft auf, welche eine stille Gesellschafterin ist, so kann nicht einfach der Übernehmer der Aktiva als stiller Gesellschafter eintreten.

§ 12. **Streitigkeiten** zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter sind ohne Rücksicht auf die Kaufmannseigenschaft des stillen Gesellschafters und Firmenregistrierung des Komplementars der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen (§ 39, Z. 3 EinfG. zum HGB.; § 51, Abs. 2 JN.; Randa II., S. 36).

Artikel 251.

Der Inhaber des Handelsgewerbes betreibt die Geschäfte unter seiner Firma.

Eine das Verhältnis einer Handelsgesellschaft andeutende Firma darf derselbe wegen der Beteiligung eines stillen Gesellschafters bei Ordnungsstrafe nicht annehmen.

Die Vorschriften über die Firma der stillen Gesellschaft.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Mit der Vorschrift, daß der Inhaber des Handelsgewerbes die Geschäfte unter seiner Firma betreibt,** will das Gesetz nicht anordnen, daß er dem Firmenrechte unterliegt und daher eine stille Gesellschaft nur insoweit möglich ist, als das Firmenrecht platzgreift, also nur bei Vollkaufleuten (vergl. § 2 zu Art. 250); sondern daß, wenn die Geschäfte unter einer Firma geführt werden, es die des Inhabers des Handelsgewerbes ist. Das folgt übrigens notwendig aus der Konstruktion der stillen Gesellschaft. Das ist ja eben das Handelsgewerbe des Komplementars; die Firma ist daher der Handelsname, unter welchem er, der Komplementar, seine Geschäfte im Handel abschließt.

Noch weniger will die Vorschrift besagen, daß der Name des Komplementars in der Firma stehen müsse. Er kann ja eine Firma mit anderem Namen rechtmäßig erworben haben.

§ 2. 2. (Abs. 2.) **Ein Gesellschaftszusatz darf wegen der Beteiligung des stillen Gesellschafters nicht aufgenommen werden.** An sich darf der Komplementar eine Gesellschaftsfirma führen, so, wenn er eine offene Handelsgesellschaft

Digitized by Google

ist oder eine Gesellschaftsfirma rechtmäßig erworben hat (Canstein I., S. 643). Nur darf die Eingehung der stillen Gesellschaft nicht den Grund zur Annahme einer Gesellschaftsfirma bilden. In dieser Deutung stimmt die Vorschrift überein mit Art. 16. Erhöhte zivilrechtliche Bedeutung erhält sie, wenn der Name des stillen Gesellschafters in der Firma figuriert. Darüber vergl. Art. 257.

Artikel 252.

Der Inhaber des Handelsgewerbes wird Eigentümer der Einlage des stillen Gesellschafters.

Der stille Gesellschafter ist nicht verpflichtet, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen.

Einleitung.

Der Artikel behandelt zwei Punkte, die sich zwar beide auf die Einlage des stillen Gesellschafters beziehen, aber im übrigen heterogen sind und deshalb auch bei der offenen Handelsgesellschaft in zwei besonderen Artikeln behandelt werden, nämlich in den Art. 91 und 92. Der Artikel handelt von dem rechtlichen Schicksale der Einlage des stillen Gesellschafters (Abs. 1) und von den Grenzen der Einbringungspflicht desselben (Abs. 2).

1. (Abs. 1.) **Das rechtliche Schicksal der Einlage des stillen Gesellschafters.** § 1.

a) Bedeutung der Vorschrift. Es ist bestimmt, daß die Einlage Eigentum des Komplementars wird. Die Bedeutung dieser Vorschrift bedarf der Erläuterung; sie geht nicht soweit, wie ihr Wortlaut vermuten läßt.

Unter Einlage ist das zu verstehen, was nach dem in dem Gesellschaftsvertrage geleisteten Illationsversprechen den Zwecken der Gesellschaft zugeführt werden soll und in Erfüllung des Versprechens zugeführt wird. In dieser Weise zugeführt werden können nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Vermögensstücke anderer Art (Forderungen, Patente, auch die Arbeitskraft; vergl. § 4 zu Art. 250) oder auch körperliche Sachen so, daß die Gesellschaft nur den Gebrauch oder die Nutznießung haben soll (Blaschke-Pitreich, S. 254; Pollitzer, S. 218). Werden nun aber vom stillen Gesellschafter körperliche Sachen so versprochen, daß sie den Zwecken der Gesellschaft voll und ganz dienen sollen und der stille Gesellschafter sich des Eigentums entäußert, und werden sie dem Versprechen gemäß übertragen, so werden sie Eigentum des Komplementars. Das ist der Sinn des vorstehenden Artikels, dessen Vorschrift nichts als eine Konsequenz davon ist, daß nach außen keine Gesellschaft besteht, daß also kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (vergl. Lübbert a. a. O., S. 517).

b) Konsequenzen. Aus dieser Bedeutung des Artikels folgt, daß er der Zulässigkeit der Einbringung anderer Vermögensgegenstände nicht entgegensteht und ebensowenig der Einbringung von körperlichen Sachen quoad usum (vergl. § 4 zu Art. 250). Auch die Vereinbarung, daß an einem quoad usum inferierten Gegenstande dem Komplementar und stillen Gesellschafter das Miteigentum nach bürgerlichem Rechte zustehen soll, ist wirksam (RG. 45, S. 35). Soll nicht das Eigentum übertragen werden, so bleibt der stille Gesellschafter Eigentümer, obgleich § 2.

Digitized by Google

es nach außen den Anschein erhält, als sei der Komplementar Eigentümer der sämtlichen zum Geschäfte gehörigen Gegenstände. Der stille Gesellschafter kann in solchem Falle gegen Exekutionen Widerspruch erheben (§ 37 EO.). Andrerseits geht die vorbehaltlos inferierte Einlage in das Vermögen des Komplementars derart über, daß sie nunmehr, wie sein sonstiges Vermögen, für alle seine Verbindlichkeiten, ohne Rücksicht auf Art und Zeit der Entstehung, haftet.

Es folgt ferner aus obiger Bedeutung der Vorschrift, daß es nicht, wie Lastig (bei Endemann I., S. 374) und Gareis-Fuchsberger (S. 567, Anm. 10) es darstellen, als Ausnahme von dem Grundsatze des vorliegenden Artikels anzusehen ist, daß Forderungen erst zediert oder indossiert und, wie hinzugefügt werden kann, Grundstücke erst aufgelassen werden müssen, um in das Eigentum des stillen Gesellschafters überzugehen. Denn das wollte der vorliegende Artikel nicht sagen, daß bei der stillen Gesellschaft schon das Illationsversprechen, ohne die sonstigen Voraussetzungen des Eigentumsüberganges, solchen bewirke.

Wohl aber kann dem vorliegenden Artikel entnommen werden, daß das Illationsversprechen bei der stillen Gesellschaft im Zweifel so auszulegen ist, daß der Inhaber des Handelsgewerbes das volle Recht an der Sache haben soll. So insbesondere, wenn Patente eingebracht werden. In diesem Falle ist im Zweifel als Willensmeinung anzusehen, daß der Komplementar die Umschreibung des Patentes auf seinen Namen verlangen kann und sich nicht bloß mit der Ausnutzung begnügen muß (Gareis-Fuchsberger, S. 567, Note 1).

§ 3. c) Über den Rechtscharakter des Einbringungsaktes (Kauf, datio in solutum oder sonst?) und über seine gesetzlichen Folgen (Gewährleistung?) vergl. §§ 1 und 5 zu Art. 91.

§ 4. d) Der Komplementar ist verpflichtet, die Einlage dem Gesellschaftsvertrage entsprechend zu verwenden, insbesondere haftet er dafür, daß der Handelsbetrieb vertragsmäßig stattfinde. Verschuldete Vertragswidrigkeiten verpflichten zum Schadenersatze, insbesondere vertragswidriges Aufgeben des Handelsbetriebes (vergl. über alles dieses Behrend, § 93, Nr. III; auch unten § 3 zu Art. 261). Er haftet dabei nicht bloß für diligentia quam in suis, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Art. 282). Die Anwendung dieser Sorgfalt hat er zu beweisen. Art. 94, Abs. 1, ist nicht anwendbar, weder direkt noch analog. Genehmigung des stillen Gesellschafters beseitigt die Verantwortlichkeit. Eine Klage auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes aber ist nicht gegeben.

Aus der Pflicht zum Betriebe des Handelsgewerbes folgt nach Behrend (§ 93, III) und Canstein I., S. 655, das Konkurrenzverbot. Behrend sagt, es sei als eine Vertragsverletzung aufzunehmen, wenn der Komplementar in demselben Handelszweige anderweit Geschäfte macht, da er dadurch die Gewinnchancen aus dem Handelszweige schädige. Auch die Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbotes seien im wesentlichen dieselben wie bei der offenen Handelsgesellschaft, nur die dreimonatliche Frist für das Eintrittsrecht sei eine singuläre Bestimmung. Diesen Ausführungen ist beizutreten. Daß das Gegenteil aus dem Vertrage folgen kann, ist selbstverständlich (z. B. Beteiligung bloß bei einer Filiale). Für den stillen Gesellschafter besteht das Konkurrenzverbot nicht (P. 4546). Nur soweit der Absicht des Gesetzgebers, die

Digitized by Google

Anwendung des Art. 96 auf die stille Gesellschaft auszuschließen, nicht entgegengetreten wird, kann daher auf dieselbe der Schlußsatz des § 1186 ABGB. angewendet werden. Der Begriff des dort erwähnten „schädlichen Nebengeschäftes" ist daher sehr enge zu fassen und nur auf solche Geschäfte zu beschränken, die unmittelbar geeignet sind, den Erfolg des vom Komplementar betriebenen Unternehmens zu beeinträchtigen, z. B. die Vornahme von Börsenspekulationen im entgegengesetzten Sinne, als sie der Komplementar gewöhnlich durchführt, aber auch nur dann, wenn bei der Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses die Vornahme von Börsengeschäften seitens des Komplementars ausdrücklich oder stillschweigend in Aussicht genommen wurde. Die Grundsätze lassen sich übrigens schon aus der Tatsache, daß ein Gesellschaftsverhältnis besteht, und aus der bona fides ableiten.

2. (Abs. 2.) Die Grenze der Einbringungsverpflichtung des stillen Gesellschafters bildet die vertraglich übernommene Verbindlichkeit. Der Komplementar kann den stillen Gesellschafter aus keinerlei Grunde zwingen, den vertragmäßigen Betrag der Einlage zu ergänzen oder die durch Verlust verminderte Einlage durch weitere Zuschüsse zu erhöhen, z. B. nicht mit dem Hinweise darauf, daß der eingelegte Gegenstand etwa untergegangen wäre oder das Geschäft ohne weitere Zuschüsse zu Grunde zu gehen drohe (vergl. hierüber § 2 zu Art. 92). § 5.

Über das Erfordernis der Bestimmtheit des Illationsversprechens und über das, was Gegenstand der Einlage bilden kann, § 4 zu Art. 250.

Zusätze zu Abs. 2. § 6.

a) Eine gewisse Einlage-Ergänzungspflicht ist im Art. 255, Abs. 2, vorgeschrieben. Als Ausnahme von Art. 252 darf man dies nicht hinstellen, da derselbe nur den Anspruch des Komplementars auf Zuschüsse ausschließen will.

b) Durch Vertrag kann selbstverständlich die Pflicht, die Einlage zu ergänzen, übernommen werden (vergl. § 4 zu Art. 250).

c) Auch ein einseitiges Recht, die Einlage zu ergänzen oder zu erhöhen, besteht nicht (vergl. § 3 zu Art. 92). Aber auch dieses Recht kann vertraglich stipuliert werden.

Artikel 253.

Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Das Handelsgericht kann auf den Antrag des stillen Gesellschafters, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen.

Der Artikel normiert das Kontrollrecht des stillen Gesellschafters gegenüber dem Komplementar, und zwar in derselben Weise, wie Art. 160 dies für das Verhältnis des Kommanditisten gegenüber dem Komplementar tut. Zwar fehlt hier eine dem Abs. 2 des Art. 160 entsprechende Bestimmung. (§ 338, Abs. 2 d. HGB. enthält eine solche.) Doch ändert dies an der Sache nichts.

Digitized by Google

Dort ist sie notwendig, weil die Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft durch Art. 157 im allgemeinen analog anwendbar erklärt sind. Andere Kontrollrechte als die in Art. 253 normierten stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu, insbesondere kein Anspruch auf Rechnungslegung (Amtl. S. 975).

§ 1. 1. Wegen der Erläuterung ist hienach zu verweisen auf die Erläuterung zu Art. 160. Zuständig zur Büchervorlage ist das ordentliche Prozeßgericht; der OGH. (AblCl. 1194, 1387) nimmt auch hier die Zulässigkeit des offiziosen Verfahrens an; vergl. hierüber § 3 zu Art. 160.

§ 2. 2. Hinzuzufügen ist eine Erörterung der Frage, wie sich das Kontrollrecht dann stellt, wenn der Komplementar ein Minderkaufmann ist (vergl. § 2 zu Art. 259). Er wird in solchem Falle durch Vorschrift des vorliegenden Artikels nicht etwa verpflichtet, Bücher zu führen und Bilanzen zu ziehen, wie in AblCl. 1194 mit der unzutreffenden Begründung ausgesprochen wird, daß in Art. 10 HGB., beziehungsweise § 7 EinfG. zum HGB. nur eine Exemption von der im zweiten, nicht auch von der im dritten Buche des Handelsgesetzbuches erwähnten Buchführungspflicht ausgesprochen ist. Indessen muß Behrend (§ 93, Anm. 19) zugestimmt werden, wenn er sagt, daß der Minderkaufmann als Komplementar nach Analogie des vorliegenden Artikels dem stillen Gesellschafter alljährlich rechnungslegungspflichtig ist. Er ist daher verbunden, solche Aufzeichnungen zu machen, daß er dieser Pflicht genügen kann (Pollitzer, S. 223). Ohne Kontrollrecht wollte das Gesetz den stillen Gesellschafter keinesfalls lassen. Weiter muß angenommen werden, daß auf Grund des Abs. 2 des vorliegenden Artikels der stille Gesellschafter von dem Komplementar, der Minderkaufmann ist, aus wichtigen Gründen jederzeit sonstige Aufklärungen verlangen kann. Auf alle Fälle ist eine Detaillierung der Einnahme- und Ausgabeposten erforderlich. Pauschalangaben genügen für eine ordentliche Rechnungslegung nicht (Bolze 8, Nr. 539 b).

Artikel 254.

Ist über die Höhe der Beteiligung des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so wird dieselbe nach richterlichem Ermessen, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, festgestellt.

Höhe der Gewinn- und Verlustbeteiligung beim Mangel vertraglicher Festsetzung.

§ 1. 1. Bedeutung der Vorschrift. Sie enthält keinen Widerspruch mit dem Wesen der stillen Gesellschaft. Wenn es auch, wie in §§ 5 und 8 zu Art. 250 dargelegt, zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört, daß der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust beteiligt ist, also weder vom Gewinn noch vom Verlust gänzlich ausgeschlossen werden kann, so sollte doch damit nicht gesagt sein, daß der Vertrag die Höhe der Beteiligung festsetzen müsse. Um die Möglichkeit dieser Auffassung zu beseitigen und den Irrtum nicht aufkommen zu lassen, als sei ein Vertrag, der die Höhe der Beteiligung nicht enthält, nichtig, ist der vorliegende Artikel in dritter Lesung angenommen worden (P. 4546). Es genügt hienach, daß der Vertrag irgendwie ersichtlich macht, daß eine Gewinn- und Verlustbeteiligung intendiert war, also z. B. wenn die Parteien das einzugehende Verhältnis ausdrücklich als stille Gesellschaft bezeichnen (vergl. § 9 zu Art. 250).

Digitized by Google

2. Haben nun die Parteien offensichtlich eine Gewinn- und Verlustbeteiligung gewollt, aber die Höhe derselben nicht vertraglich normiert, so entscheidet richterliches Ermessen, gerade so wie bei der Kommanditgesellschaft. Hienach ist auf die Erläuterung zu Art. 162 zu verweisen. Ein Beispiel der Verteilung von Gewinn und Verlust durch richterliches Ermessen siehe RG. 25, S. 41. § 2.

3. Auch hinsichtlich des Falles, wo entweder über den Gewinn oder über Verlust keine Bestimmung getroffen ist, entscheidet das im Art. 162 (§ 2 daselbst) Gesagte. Hier kann nicht etwa anderes vom Standpunkte jener Ansicht aus gelten, nach der auch Ausschluß von der Verlustbeteiligung gültig vereinbart werden könne (vergl. § 6 zu Art. 250). Denn immerhin ist die Teilnahme am Verlust auch vom Standpunkte jener bekämpften Ansicht aus der gesetzliche Normalfall und Abweichungen gegen denselben müssen bewiesen werden. § 3.

4. Hinzuzufügen wäre nur, daß der Vertragsfreiheit diejenigen Grenzen gesteckt sind, welche in der Notwendigkeit der Teilnahme an Gewinn und Verlust und in beiden Begriffen Gewinn und Verlust liegen. Welche vertragliche Gestaltungen hienach zulässig sind, welche nicht, ist bereits in §§ 5 und 6 zu Art. 250 auseinandergesetzt. § 4.

5. Daß der Komplementar den stillen Gesellschafter wegen seiner Rechte aus der Beteiligung sicherstellt, dem steht nichts entgegen (ROHG. 12, S. 100; Bolze 2, Nr. 1101). Vergl. hierüber noch § 9 zu Art. 250. § 5.

Artikel 255.

Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres wird der Gewinn und Verlust berechnet und dem stillen Gesellschafter der ihm zufallende Gewinn ausbezahlt.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Anteil. Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen, jedoch wird, solange seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein anderes vereinbart ist.

Einleitung.

Die näheren Modalitäten der Gewinn- und Verlustbeteiligung. Nachdem im vorigen Artikel über die Höhe der Gewinn- und Verlustbeteiligung beim Mangel einer bezüglichen Vereinbarung eine ergänzende Bestimmung getroffen ist, beschäftigt sich der vorliegende Artikel mit den näheren Modalitäten der Gewinn- und Verlustbeteiligung.

1. **Die Berechnung von Gewinn und Verlust.** § 1.

   a) Die Zeit der Berechnung. Hierüber bestimmt Abs. 1, daß sie am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres erfolgt.

   b) Die Grundlage der Berechnung, über welche das Gesetz nichts sagt, sind die Bücher und die Bilanz, eventuell die sonstigen Aufzeichnungen des Komplementars (vergl. die Erläuterungen zu Art. 253). § 2.

   c) Der Inhalt der Berechnung ist hier lediglich der Anteil am Gewinn oder am Verlust. Es werden nicht vorerst 4 Prozent Zinsen gutgeschrieben, § 3.

Digitized by Google

wie bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, weder dem stillen Gesellschafter noch dem Komplementar (ROHG. 9, S. 36; Cosack, S. 589). Wenn daher eine offene Handelsgesellschaft einen stillen Gesellschafter hat, so findet eine doppelte Gewinnberechnung statt, einmal zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem stillen Gesellschafter nach Maßgabe des hier Gesagten, sodann aber wird der für die offene Handelsgesellschaft hienach verbleibende Gewinn nach den für diese geltenden Vorschriften geteilt. Von den im Laufe des Geschäftsjahres entnommenen Geldern werden Zinsen nicht zu Lasten geschrieben, wenn die Entnahme befugterweise geschah, das heißt in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrages; wenn sie aber unbefugterweise geschah, so greift Art. 287 Platz und es werden 6 Prozent Zinsen zu Lasten geschrieben. Für seine persönliche Tätigkeit darf der Komplementar nichts in Ansatz bringen (Bolze 7, Nr. 627). Der Anteil am Verlust findet auf Seiten des stillen Gesellschafters seine Grenze in dem Betrage der Einlage (Abs. 2).

§ 4. 2. **Der Rechtscharakter und die Fälligkeit des Anspruches auf Gewinn insbesondere.**

a) Der Komplementar schuldet den Gewinnanteil mit dem Ablauf der betreffenden Rechnungsperiode. Darauf, ob die Erhebung des Gewinnes dem Geschäfte zum Nachteile gereicht, wird hier bei der stillen Gesellschaft keine Rücksicht genommen (anders Art. 108). Fällig ist der Anspruch mit dem Augenblicke, wo der Komplementar nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang im stande ist, den Betrag des Gewinnanteiles zu berechnen. Ist der stille Gesellschafter, sei es wegen der Einfachheit der Geschäfte oder weil ihm infolge Teilnahme an der Geschäftsführung die Daten zur Verfügung stehen, selbst in der Lage, die Höhe seines Gewinnanteiles zu übersehen, so kann er sofort darauf klagen; sonst bleibt ihm nichts übrig, als zunächst auf Vorlegung der Bilanz, beziehungsweise auf Rechnungslegung zu klagen (Art. 253; ROHG. 13, S. 65). Von der Fälligkeit an hat der Komplementar dann Zinsen zu zahlen, wenn Art. 289 platzgreift; sonst, wenn er im Verzuge ist (Art. 288); der Zinsfuß beträgt immer 6 Prozent (Art. 287).

§ 5. b) Auf den festgestellten Gewinnanteil hat der stille Gesellschafter einen definitiven Anspruch. Er ist ihm, wie Abs. 1 sagt, auszubezahlen, nicht bloß gutzuschreiben, insbesondere also auch dann auszubezahlen, wenn dies dem Geschäfte nachteilig sein sollte (vergl. § 4). Der nicht erhobene Gewinnanteil vermehrt nicht etwa die Einlage, also die Ziffer, mit welcher der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust teilnimmt; weder der Komplementar noch der stille Gesellschafter können beim Widerspruche des anderen Teiles verlangen, daß der stehengebliebene Gewinn zur Einlage geschlagen werde. Der nicht erhobene Gewinnanteil ist also ein bloßes Kreditum, und seine spätere Auszahlung darf auch dann nicht verweigert werden, wenn sich in der Zwischenzeit Verluste ergeben haben (ROHG. 13, S. 65; RG. 48, S. 78). Auch als Konkursgläubiger kann er dieses Kreditum liquidieren (§ 4 zu Art. 258; Förtsch, Anm. 3).

§ 6. c) Als festgestellter Gewinnanteil im Sinne des Vorstehenden ist aber nur das zu verstehen, was sich zu Gunsten des stillen Gesellschafters über den Betrag seiner Einlage hinaus als Gewinn ergibt. Ist diese absorbiert oder vermindert, so wird der Gewinn zunächst zur Ergänzung

Digitized by Google

der Einlage verwendet. Der stille Gesellschafter hat also solange keinen Anteil am Gewinn, als die Einlage nicht ihre volle Höhe erreicht hat, und es wird zwar ausgerechnet, was er an Gewinn erhalten haben würde, wenn seine Einlage intakt gewesen wäre, aber das so Ausgerechnete wird nur seinem Konto zugeschrieben, bis die Einlage wieder ergänzt ist.

Ob während der Jahre, wo die Einlage absorbiert ist, dem stillen Gesellschafter Verlustanteile nicht zu Lasten zu schreiben sind oder ob dies doch erforderlich ist und eine Gewinnfeststellung für ihn erst dann möglich ist, wenn nach Deckung auch dieser Verluste seine Einlage wieder ergänzt ist, beantwortet sich in derselben Weise wie in § 7 zu Art. 161.

d) Daß der stille Gesellschafter bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht zurückzuzahlen braucht, ist umso selbstverständlicher, als er sogar den nicht erhobenen, aber festgestellten Gewinnanteil ohne Rücksicht auf spätere Verluste verlangen kann (vergl. oben § 5). Dennoch hebt dies Abs. 2 noch besonders hervor. § 7.

Ein Anspruch des Komplementars auf Rückzahlung wegen Irrtums ist nicht ausgeschlossen (vergl. RG. 48, S. 78). Der gute Glaube ist hier nicht begünstigt. Art. 165, Abs. 6 ist hier nicht anwendbar.

e) Der Ort der Erfüllung für die Auszahlungspflicht ist in Anwendung des Art. 324 der Ort der Handelsniederlassung des Komplementars. Doch besteht in Anwendung des Art. 325 die Übersendungspflicht, die aber am Erfüllungsorte nichts ändert. (Puchelt-Förtsch, Anm. 4; die Meinung Behrends — § 93, Anm. 28 — und Hahns — § 1 — daß die Übersendungspflicht der Natur des Verhältnisses widerspreche, erscheint nicht begründet.) § 8.

Zusatz. Vertragliche Abmachungen können die Bestimmungen des Art. 255 beliebig ändern, wenn sie sich nur im Rahmen dessen halten, was zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört. Sie dürfen also insbesondere nicht gegen die Vorschrift verstoßen, daß der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust beteiligt sein muß, und es darf ferner kein Verstoß gegen die Begriffe Gewinn und Verlust vorliegen (vergl. § 5 und 6 zu Art. 250). Im übrigen kann bestimmt werden, daß dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter oder beiden wie bei der offenen Handelsgesellschaft Zinsen gutzuschreiben sind, welche den Gewinn vermindern und den Verlust vermehren; es kann ferner abweichend vom Gesetze bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter keinen Anspruch auf Auszahlung des festgestellten Gewinnanteiles hat, sondern ihn stehen lassen muß, oder auch, daß er ihn stehen lassen darf usw. (vergl. RG. 48, S. 78). § 9.

Artikel 256.

Aus den Geschäften des Handelsgewerbes wird der Inhaber desselben dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.

1. Die Vorschrift ist eine notwendige Konsequenz aus dem Begriffe der stillen Gesellschaft (vergl. § 3 zu Art. 250). § 1.
2. Daraus folgt, daß die Vorschrift absolut gilt. Beschränkungen, denen der Komplementar nach innen durch Vertrag unterworfen wird, berühren das Rechtsverhältnis zu Dritten nicht. Es kann nach innen dem Komplementar diese oder jene Rechtshandlung untersagt, ja er kann sogar von der Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag gänzlich ausgeschlossen § 2.

Digitized by Google

sein: Dritten gegenüber bleibt er immer der alleinige Geschäftsinhaber und seine Rechtshandlungen sind Dritten gegenüber wirksam, auch wenn der Dritte die interne Beschränkung kannte. Selbst wirkliche Kollusionen können hier nichts ändern. Wer sollte sie geltend machen? Ein Rechtsverhältnis besteht lediglich zwischen dem Gläubiger und dem Komplementar. Der beklagte Komplementar aber kann nicht mit Erfolg einwenden, daß durch seinen und des Gläubigers gemeinschaftlichen dolus der stille Gesellschafter geschädigt wurde. Das wäre eine exceptio de jure tertii. Es bleibt dem stillen Gesellschafter überlassen, gegen den kolludierenden Gläubiger selbständige Schadenersatzansprüche geltend zu machen, wenn er diese aus dem konkreten Tatbestande zu begründen vermag.

§ 3. 3. Gesetzliche Ausnahmen sind jedoch möglich, weil der Gesetzgeber auch die rechtlichen Konsequenzen durchbrechen kann. Eine solche Ausnahme ist im folgenden Art. 257 enthalten. Sie hat ihren Grund darin, daß in dem betreffenden Falle der Anschein erweckt wird, als werde das Gewerbe im Namen oder auch im Namen des stillen Gesellschafters betrieben.

Weitere Modifikationen des in Art. 256 ausgesprochenen Prinzipes aber gibt es nicht. Insbesondere ist es nicht zutreffend, wenn Willenbücher in der Bemerkung zu Art. 256 auch die Vorschriften der Art. 258, 259 und 260 als Modifikationen des Art. 256 bezeichnet. Es ist in diesen Fällen vielmehr nirgends eine Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber den Gläubigern aufgestellt. Art. 258 gibt nur dem Masseverwalter dasselbe Einlage-Einforderungsrecht, wie der Komplementar es hatte; ein direktes Haftungsrecht aus den Geschäften des Handelsgewerbes ist dies nicht. Ebensowenig ist das im Art. 256 enthaltene Prinzip der alleinigen direkten Haftung des Komplementars gegenüber den Gläubigern im Art. 259 modifiziert. Hier ist ein auf paulianischem Rechtsgedanken beruhendes Rückforderungsrecht gegeben, nicht ein direktes Haftungsrecht, wie es in Art. 165, Abs. 2 bis 5 gegen den Kommanditisten statuiert ist (vergl. Behrend, § 92, Anm. 9). Am allerwenigsten aber enthält Art. 260 eine Modifikation des Art. 256. Derselbe will durchaus nicht ein direktes Haftungsrecht statuieren, er will es nur nicht ausschließen, falls es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehen sollte (vergl. zu Art. 260).

Artikel 257.

Der Name eines stillen Gesellschafters darf in der Firma des Inhabers des Handelsgewerbes nicht enthalten sein; im entgegengesetzten Falle haftet der stille Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch.

Einleitung. **Verbot der Firmenführung mit dem Namen des stillen Gesellschafters zur Vermeidung persönlicher Haftung desselben.**[1])

Der Zweck der Vorschrift ist, daß nicht im Handelsverkehr der Schein erweckt werde, als sei der stille Gesellschafter mit persönlicher Haftung beteiligt. Die Fassung der Vorschrift ist inkorrekt, da es Gesellschaftsgläubiger bei der stillen Gesellschaft nicht gibt (Art. 256).

[1]) Im d. HGB. besteht dieses Verbot nicht mehr (vergl. hierüber Lübbert a. a. O.).

Digitized by Google

1. Voraussetzung der Haftung ist, daß der Name des stillen Gesellschafters in der Firma enthalten ist. § 1.

a) Es muß wirklich der Name des stillen Gesellschafters sein, der aufgenommen wird; denn nur dessen Aufnahme in die Firma ist verboten. Bloßer Gleichklang der Namen schadet nicht, so z. B., wenn der Komplementar einen gleichlautenden Namen hat wie der stille Gesellschafter. Das nimmt zutreffend Behrend, § 95, Anm. 2, gegen Puchelt, Anm. 2, an. Dabei ist es auch gleichgültig, ob der Familienname des Komplementars auch der des stillen Gesellschafters ist, weil sie Verwandte, etwa Vater und Sohn, sind.

b) Auch die Aufnahme des Namens des stillen Gesellschafters schadet dann nicht, wenn durch einen Zusatz in der Firma der Schein einer persönlich haftbaren Beteiligung ausgeschlossen ist, so z. B. wenn der bisherige Komplementar Friedrich Krebs das Geschäft veräußert, sich fortan als stiller Gesellschafter beteiligt und der Nachfolger firmiert: Friedrich Krebs Nachfolger, oder F. Henkel, vormals Friedrich Krebs (Canstein I., S. 650). § 2.

c) Eine weitere Voraussetzung der Haftung ist gesetzlich nicht aufgestellt, also insbesondere nicht, wie vielfach angenommen wird, ein Verschulden oder eine Genehmigung des stillen Gesellschafters. Dieses Erfordernis nehmen an Puchelt (Anm. 1), Hahn (§ 1 und Note 1), Behrend (§ 95, Anm. 4). Das ROHG. (23, S. 55) hat diese Frage dahingestellt gelassen, aber angenommen, daß passives Verhalten gegenüber der dem stillen Gesellschafter bekannt gewordenen inkorrekten Firmenführung als Genehmigung zu betrachten sei und die Haftung begründe (siehe auch unter Berufung auf dieses Erkenntnis Pollitzer, S. 218; Canstein I., S. 650). Das ist jedenfalls richtig. Aber gegenüber dem gutgläubigen Dritten kommt es auf eine Kenntnis und ein Verschulden des stillen Gesellschafters überhaupt nicht an. Es gilt hier dasselbe, was bei § 1 zu Art. 168 bezüglich des Kommanditisten ausgeführt wurde. § 3.

d) Bloße Proteste, auch wenn sie öffentlich erlassen sind, genügen nicht, um die Haftung zu beseitigen (anders Behrend, § 95, Anm. 4; ROHG. 23, S. 55). Auch die Kenntnis des kontrahierenden Dritten beseitigt die Haftung nicht immer (vergl. § 1 zu Art. 168). Endlich hat die Vorschrift auch zwingenden Charakter; sie kommt zur Anwendung, wenn das Verhältnis als stille Gesellschaft zu betrachten ist, sollten die Kontrahenten sich auch gegen diese Auffassung ihres Verhältnisses verwahrt haben (RG. 30, S. 57). § 4.

2. **Bedeutung der Haftung.** Der stille Gesellschafter haftet unter der erörterten Voraussetzung für alle Schulden des Komplementars, welche aus dem geschäftlichen Verkehr der Firma herrühren, nicht bloß für Kontraktschulden, sondern auch für Deliktschulden; auch Privatschulden, die der Komplementar unter der Firma kontrahiert (z. B. Kauf von Möbeln für seine Ehewohnung). Eine offene Handelsgesellschaft wird aber dadurch nicht begründet (LG. Frankfurt in GZ. 40, S. 481), auch kein Gerichtsstand gegen den stillen Gesellschafter (LG. Frankfurt, ebenda). § 5.

Digitized by Google

§ 6. 3. **Auf die mit einem Minderkaufmann** geschlossene stille Gesellschaft bezieht sich die Vorschrift des vorliegenden Artikels **nicht. Denn ein Minderkaufmann** unterliegt dem Firmenrecht nicht (Thöl, § 111, Anm. 22).

§ 7. **Zusatz.** Eine der Vorschrift des vorliegenden Artikels zuwiderlaufende Firma darf auch nicht eingetragen werden (vergl. § 2 zu Art. 168).

Artikel 258.

Wenn der Inhaber des Handelsgewerbes in Konkurs verfällt, so ist der stille Gesellschafter befugt, wegen seiner Einlage, soweit dieselbe den Betrag des auf ihn fallenden Anteiles am Verluste übersteigt, eine Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat der stille Gesellschafter dieselbe bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteiles am Verluste erforderlich ist, in die Konkursmasse zu zahlen.

§ 1. **Einfluß des Konkurses des Komplementars auf das Rechtsverhältnis des stillen Gesellschafters zum Inhaber des Handelsgewerbes.**

1. **Allgemeiner Charakter der Vorschrift.** In zweiter Lesung war eine Bestimmung angenommen worden, wonach zunächst alle Gläubiger, alsdann erst der stille Gesellschafter befriedigt werden sollen (P. 1167, 1174). Ob dies der Billigkeit entsprochen hätte, mag dahingestellt bleiben; der juristischen Konsequenz hätte es nicht entsprochen. Wohl aber ist die in letzter Lesung angenommene jetzige Gesetzesfassung juristisch konsequent. Danach hat der stille Gesellschafter im Falle des Konkurses dasselbe zu fordern und zu leisten, wie bei jeder anderen Auflösung der Gesellschaft, nur daß er das, was er als Gläubiger zu fordern hat, nicht voll und ganz erhält, sondern als Konkursforderung zur Masse anmelden muß (vergl. Hahn, § 4; Behrend, § 94, Nummer VII). Die Vorschrift ist zwingenden Rechtes (OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 482).

§ 2. 2. (Abs. 1.) **Einfluß des Konkurses bei eingezahlter Einlage.** Der stille Gesellschafter hat, wie bei jeder anderen Art der Auflösung, so viel zurückzufordern, als durch seinen vertragsmäßigen Anteil am Verluste nicht absorbiert ist.

a) Er muß sich zunächst gefallen lassen, daß seine Einlage durch seinen Verlustanteil absorbiert wird. Das folgt aus seiner Stellung als Gesellschafter. Über die Höhe des Verlustanteiles hat sich der Masseverwalter mit ihm auseinanderzusetzen, die Rechte aus Art. 265 hat der stille Gesellschafter jetzt gegen diesen. Insbesondere liegt dem Masseverwalter die Erledigung der schwebenden Geschäfte ob, selbstverständlich unter Berücksichtigung der §§ 22 und 23 KO. Wartet der stille Gesellschafter die Abrechnung nicht ab, sondern berechnet er selbst sein Guthaben und meldet es zur Masse an, so ist jeder Gläubiger befugt, seine Forderung zu bestreiten, und der stille Gesellschafter hat darüber mit ihm zu prozessieren (Bolze 2, Nr. 1100).

Digitized by Google

b) Was durch den Verlustanteil nicht absorbiert ist, verbleibt § 3.
dem stillen Gesellschafter als Guthaben. Dasselbe kann er als einfacher Konkursgläubiger geltend machen (Pollitzer, S. 225), und zwar in der dritten Klasse (Blaschke-Pitreich, S. 257; vergl. Menzel, Das Anfechtungsrecht, S. 118). Dadurch erleidet er allerdings doppelten Verlust. (R. Pollak [Konkursrecht, S. 185] will den stillen Gesellschafter erst nach Befriedigung der in der Konkursordnung aufgezählten fünf Klassen zum Zuge gelangen lassen, weil er den Handelsgläubigern des Komplementars mit seiner Einlage hafte; er haftet aber nicht mit seiner ganzen Einlage, sondern mit der vertragsmäßig übernommenen Verlustquote.) Das entspricht aber gerade seiner Doppelstellung als Genosse und Gläubiger (siehe das Beispiel bei Blaschke-Pitreich, S. 257). Ein Absonderungsrecht hat er nicht (Behrend, § 94, Anm. 34). Doch kann dem stillen Gesellschafter ein Pfand bestellt sein, welches ihm selbstverständlich ein Absonderungsrecht verleiht (vergl. § 9 zu Art. 250). Auch in der Konkurrenz mit den Privatgläubigern des Komplementars hat der stille Gesellschafter kein Absonderungsrecht; bei der offenen Handelsgesellschaft als Komplementarin können natürlich nur die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen zum Konkurse anmelden, Privatgläubiger gelangen hier nicht in Konkurrenz.

Auch wenn die Verlustfreiheit stipuliert sein sollte — vorausgesetzt, daß man dies für zulässig hält (vergl. § 6 zu Art. 250) — kann der stille Gesellschafter sein Guthaben nur als einfacher Gläubiger anmelden (RG. 31, S. 33 ff.). Andrerseits konkurriert der stille Gesellschafter mit seiner durch Verlust nicht absorbierten Einlage, beziehungsweise im Falle des Verlustausschlusses mit seiner ganzen Einlage, in gleicher Linie, ein Vorrecht der sonstigen Gläubiger vor ihm besteht nicht (RG. 31, S. 36).

c) Unter Einlagen sind hier nur solche verstanden, die in das Vermögen § 4.
des Komplementars eigentümlich übergehen sollten. Sacheinlagen werden abgeschätzt, wenn der Anrechnungspreis nicht vertraglich normiert ist; desgleichen die Arbeitskraft. Sachen, die zum Gebrauche überlassen sind, kann der stille Gesellschafter in natura zurückfordern mit dem Absonderungsrechte der §§ 26 und 27 KO. Als Einlage gilt dann der Schätzungswert des Gebrauches.

Im übrigen wird unter Einlage nicht bloß die ursprüngliche, sondern auch die nachträglich erhöhte verstanden, also alles dasjenige, was nach Verabredung der Parteien als Einlage gelten soll. Bezüge, die nicht abgehoben sind, vermehren aber nicht ohne weiteres die Einlage, verbleiben dem Inhaber des Gewerbes als bloßes Kreditum und können ohne Abzug des Verlustanteiles als Konkursforderung liquidiert werden (vergl. § 5 zu Art. 255).

3. (Abs. 2.) **Einfluß des Konkurses bei rückständiger Einlage.** Hier hat der § 5.
stille Gesellschafter soviel einzuzahlen, als der ihn betreffende Verlustanteil beträgt, mehr nicht. Zur Einzahlung des Restes ist hienach der stille Gesellschafter nicht verpflichtet und befindet sich infolgedessen in besserer Rechtslage als derjenige stille Gesellschafter, der seiner Einlagepflicht genügt hat, da dieser in Höhe des vom Verluste nicht getroffenen Guthabens

Digitized by Google

einfacher Konkursgläubiger ist und so wiederum Verlust erleidet. Doch ist das eine Folge allgemeiner Rechtsgrundsätze. Der stille Gesellschafter, der seine Einlage nicht eingezahlt hat, ist eben Schuldner der Masse und kann gegen den Anspruch auf Einzahlung seinen Anspruch auf Rückzahlung kompensieren (vergl. Behrend, § 94, Anm. 32 gegen Puchelt, Anm. 5). Die bei Blaschke-Pitreich (S. 255) vertretene Ansicht, daß der Art. 258, Abs. 2, auf den Fall einzuschränken ist, daß der stille Gesellschafter mit der Einzahlung der Einlage nicht im Verzuge ist, findet im Gesetze keine genügende Stütze.

Was hienach als rückständig zu betrachten ist, dafür sind bei anderen als Sacheinlagen die oben § 4 entwickelten Gesichtspunkte maßgebend.

Der Anspruch gegen den stillen Gesellschafter auf Leistung seiner Einlage ist vom Masseverwalter geltend zu machen (R. Pollak, Konkursrecht, S. 293).

Artikel 259.

Wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes durch Vereinbarung zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis aufgelöst worden ist, so können die Konkursgläubiger verlangen, daß der stille Gesellschafter die ihm zurückbezahlte Einlage in die Konkursmasse einzahle, unbeschadet seines Rechtes, die in dem Zeitpunkte der Auflösung ihm aus dem Gesellschaftsverhältnisse zustehende Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Dasselbe gilt, wenn dem stillen Gesellschafter in dem bezeichneten Zeitraume ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Einlage zurückbezahlt wurde.

In gleicher Weise ist, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes in dem bezeichneten Zeitraume dem stillen Gesellschafter dessen Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen hat, der Erlaß zu Gunsten der Konkursgläubiger unwirksam.

Die Bestimmungen dieses Artikels treten nicht ein, wenn der stille Gesellschafter beweist, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind.

Vor bemerkungen.

Das Gesetz gibt den Konkursgläubigern des Komplementars ein eigenartiges Anfechtungsrecht gegenüber dem stillen Gesellschafter. Ihm unterliegen gewisse Rechtshandlungen, welche zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter vorgenommen sind, den Gläubigern zum Nachteil gereichen und so kurze Zeit vor Eröffnung des Konkurses geschehen sind, daß der Verdacht begründet ist, die Abmachungen beruhten auf Kollusion und zielten darauf ab, den den Verhältnissen nahestehenden stillen Gesellschafter noch rechtzeitig vor der

Digitized by Google

drohenden Katastrophe aus der Affäre zu ziehen (so auch Krasnopolski, W. Z. 15, S. 151).

Das Recht ist nur den Konkursgläubigern, nicht dem Gemeinschuldner gegeben. Darum erlischt es auch mit Beendigung des Konkurses und besteht nicht etwa zu Gunsten des Gemeinschuldners vor oder nach Eröffnung des Konkurses.

Die Frage, ob das Anfechtungsrecht des Art. 259 neben dem Anfechtungsrechte nach dem Gesetze vom 16. März 1884, RGBl. Nr. 36, fortbesteht, ist bereits Gegenstand ausführlicher literarischer Erörterung gewesen. Die herrschende Ansicht bejaht diese Frage (Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte, S. 118; R. Pollak, Konkursrecht, S. 358; Gertscher, GZ. 1884, Nr. 49; Canstein I., S. 647; Blaschke-Pitreich, S. 258; Pollitzer, S. 226; Steinbach, Komm. zum Anfechtungsgesetz², S. 192, Note 2). Bloß Krasnopolski (W. Z. 15, S. 151 und Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 138, Anm. 1) und Behrend (S. 684), der diese Frage auch vom Standpunkte des österreichischen Rechtes erörtert, stehen auf dem Standpunkte, daß Art. 259 durch das Anfechtungsgesetz aufgehoben worden sei. Eine Mittelmeinung vertritt Randa (II., S. 42), indem er bloß den 3. Absatz des Art. 259 durch das Anfechtungsgesetz für aufgehoben erachtet. Die herrschende Ansicht ist nicht zutreffend.

Vor allem sei mit Krasnopolski (a. a. O., S. 161) hervorgehoben, daß die Bestimmung des § 51 AnfG., daß die im bürgerlichen Rechte begründete Berechtigung des Masseverwalters zur Bestreitung der Gültigkeit von Verträgen des Gemeinschuldners durch das Anfechtungsgesetz nicht berührt wird, auf die vorliegende Frage keine Antwort geben kann. Denn diese Bestimmung kann sich nur auf solche Bestreitungen beziehen, die der Masseverwalter im Namen des Gemeinschuldners und nicht kraft eigenen Rechtes geltend macht, wie dies bei dem Anfechtungsanspruche nach Art. 259 der Fall ist (vergl. R. Pollak, S. 293, 358). Anders ausgelegt würde § 51 AnfG. dem folgenden § 52 jeden Inhalt nehmen. So wird denn auch mit voller Übereinstimmung § 52 AnfG. als die sedes materiae angesehen. Canstein begründet nun seine Ansicht, daß die derogatorische Wirkung des § 52, Abs. 3 — „mit dem Tage der Kundmachung treten alle auf die Gegenstände dieses Gesetzes sich beziehenden gesetzlichen Vorschriften, insoweit sie mit dem Inhalte desselben nicht vereinbar sind, außer Kraft" — sich nicht auf die Bestimmung des Art. 259 beziehen könne, damit, daß das Anfechtungsgesetz die Tendenz zeige, Anfechtungsansprüche zu erweitern und nicht einzuschränken, und weiters damit, daß der Gesetzgeber an die Bestimmung des Art. 259 gar nicht gedacht habe, daher auch nicht willens gewesen sei, dieselbe aufzuheben. Daß das Anfechtungsgesetz die Tendenz hat, Anfechtungsansprüche zu erweitern, muß selbstredend zugegeben werden, sonst wäre ja die Erlassung dieses Gesetzes zwecklos gewesen. Aus dieser Tendenz kann aber nicht gefolgert werden, daß bereits vor diesem Gesetze bestehende Anfechtungsgründe, vorausgesetzt, daß sie wirklich als solche anzusehen sind, die in das Anfechtungsgesetz nicht aufgenommen wurden, aufrechterhalten bleiben. Dieser Annahme steht der in § 52, Abs. 3 klar ausgesprochene Wille des Gesetzes entgegen, die von ihm behandelte Materie einheitlich und ausschließlich zu regeln. Was das zweite Argument Cansteins betrifft, daß der Gesetzgeber an Art. 259 nicht gedacht hat, so muß diese Prämisse wohl als richtig zugegeben werden (Behrend a. a. O.), daraus aber, daß der Gesetzgeber den Art. 259, an den er nicht gedacht hat, nicht aufheben wollte, folgt nicht, daß dieser Artikel nicht aufgehoben worden ist; es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz, daß die Tragweite eines Gesetzes nur soweit reicht, als sich der Gesetzgeber dieser Tragweite bewußt war. Jedenfalls gilt dieser Rechtssatz nicht für die geradezu typisch gewordenen Derogationsklauseln,

Digitized by Google

wie § 52, Abs. 3 eine enthält. Gerade aus der Fassung dieser allgemeinen Derogationsklauseln sieht man, daß der Gesetzgeber die derogierende Wirkung seines Gesetzes auch auf frühere Gesetze beziehen will, an die er nicht gerade gedacht hat (vergl. Mot. zu Art. I des EinfG. zur ZPO. bei Mat. I., S. 630). Diese Absicht des Gesetzgebers kommt aber gerade in der Bestimmung des § 52, Abs. 3 AnfG. recht deutlich zum Ausdrucke. Vor dem Anfechtungsgesetze gab es im österreichischen Rechte außer den Bestimmungen des Art. 259 und des § 953 ABGB. keine einzige Gesetzesbestimmung, in der der dem Anfechtungsgesetze zu Grunde liegende paulianische Rechtsgedanke zum Ausdrucke käme. Gerade an § 953 ABGB. haben aber die Verfasser des Anfechtungsgesetzes gedacht (vergl. Mot. zu diesem Gesetze bei Steinbach, Kommentar zu dem Gesetze vom 16. März 1884, S. 193). Wenn also der Gesetzgeber, statt einfach den § 953 ABGB. für aufgehoben zu erklären, die allgemeine Bestimmung des § 52, Abs. 3 gesetzt hat, so kann dies doch nur den Zweck haben, alle Bestimmungen, und zwar auch diejenigen, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat, die sich auf Gegenstände des Anfechtungsgesetzes beziehen, aufzuheben. § 52, Abs. 3 scheint also an sich geeignet, den Art. 259 aufzuheben und um zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage zu gelangen, bleibt bloß mehr zu erörtern, ob die Bestimmung des Art. 259 eine „auf die Gegenstände dieses Gesetzes (des Anfechtungsgesetzes) sich beziehende" gesetzliche Vorschrift ist.[1]) Diese Vorfrage muß bejaht werden; denn die Bestimmung des Art. 259 beruht auf dem paulianischen Rechtsgedanken (Behrend, S. 684; Krasnopolski a. a. O., S. 151; Krainz-Ehrenzweig, § 409), es handelt sich nicht um die Statuierung einer aus dem Wesen der stillen Gesellschaft entspringenden Haftpflicht, wie z. B. Art. 165 in Ansehung der Kommanditgesellschaften eine statuiert (vergl. § 3 zu Art. 256); daher kann man nicht mit Menzel (S. 118) sagen, daß durch die Aufhebung des Art. 259 infolge des Anfechtungsgesetzes in eine vom Handelsgesetzbuche ausgesprochene Haftpflicht des stillen Gesellschafters eingegriffen werden würde. Begrifflich ist mit der Natur der stillen Gesellschaft, wie sie im Handelsgesetzbuche, insbesondere in Art. 256 geregelt ist, die persönliche Haftung des stillen Gesellschafters unvereinbar.

Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Menzel in Art. 259 die Statuierung einer beschränkten Haftung des stillen Gesellschafters erblickt — das ist ja, wie Menzel an selber Stelle treffend bemerkt, der Effekt eines jeden Anfechtungsanspruches — aber darin, daß diese beschränkte Haftung erst dann ausgelöst wird, wenn die typischen Voraussetzungen der actio pauliana, die Insolvenz des ursprünglichen Schuldners und eine gewisse, sei es kausale, sei es bloß zeitliche Beziehung der diese Haftung begründenden Handlung zum Eintritte dieser Insolvenz vorliegen, liegen die charakteristischen Merkmale des Anfechtungsanspruches (vergl. Hahn, § 1 zu Art. 259), wodurch sich derselbe von allen übrigen Fällen der beschränkten Haftung unterscheidet (Menzel, S. 26). Es steht ja nicht vereinzelt da, daß die den Anfechtungsanspruch erzeugenden Momente, wie erwiesene oder vermutete Kollusion, Begünstigung usw., diesen Anspruch nicht schon an sich, sondern bloß dann zur Entstehung bringen, wenn der insolvente Schuldner und sein Vertragsgenosse zueinander in einem bestimmten Rechtsverhältnisse stehen, und doch wird niemand sagen, daß die Haftung der Ehegatten infolge

[1]) Der Gesichtspunkt, daß der Art. 259 lex specialis ist, kann nicht geltend gemacht werden, da das Anfechtungsgesetz selbst ebenso wie die Vorschriften, die nach § 52, Abs. 3, aufgehoben sein sollen, leges speciales sind. Auch der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß handelsrechtliche Normen den nicht handelsrechtlichen vorgehen, findet hier keine Anwendung, da das Anfechtungsgesetz sich zweifellos auch auf Handelssachen bezieht (vergl. § 11 zu Art. 1).

Digitized by Google

des in § 3, Z. 2 und 3 gewährten Anfechtungsanspruches keine reine paulianische ist, sondern im ehelichen Güterrechte ihren Grund hat. Wir müssen daher uns der Ansicht anschließen, daß Art. 259 durch das Anfechtungsgesetz aufgehoben ist.

Die in Art. 259 bezeichneten Rechtshandlungen führen daher nur dann zu einer Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber den Gläubigern des Komplementars, wenn irgendeiner der im Anfechtungsgesetze normierten Anfechtungstatbestände gegeben ist. Bei Geltendmachung der Anfechtungsgründe nach §§ 5 und 6 AnfG. ist es von Bedeutung, ob die Firma des Komplementars ins Handelsregister eingetragen ist. Die Vollkaufmannsqualität des Komplementars als solche ist für den Umfang des Anfechtungsanspruches unerheblich, es kommt bloß auf die Tatsache der faktischen Firmenregistrierung an (vergl. § 12 zu Art. 10).

Der in Art. 259, Abs. 4 vorgesehene Einredebeweis steht dem stillen Gesellschafter nicht zu (Krasnopolski, W. Z. 15, S. 161). Auch außerhalb des Konkurses ist die Anfechtung des Art. 259 nicht grundsätzlich ausgeschlossen (§§ 29, 30, Z. 1 und 4 AnfG.; vergl. Krasnopolski, W. Z. 15, S. 155).

Die in § 27 AnfG. für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches festgesetzte Frist (nach Menzel, S. 304, Verjährungsfrist; nach Steinbach, S. 118; Krasnopolski a. a. O., S. 160, Präklusivfrist) findet bei der vorliegenden Anfechtung Anwendung (Krasnopolski a. a. O., S. 160).

Ist ein Anfechtungstatbestand nach dem Anfechtungsgesetze gegeben, so ist natürlich auch der Erlaß des Einlageversprechens anfechtbar, von dem es zweifelhaft ist, ob er durch die Bestimmung des Art. 259 getroffen ist (vergl. unten § 8).

Auf eine Darstellung, wie sich die Anfechtung der in Art. 259 bezeichneten Rechtshandlungen nach den einzelnen Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes darstellt, die zu einer umfangreichen, kasuistischen Erörterung führen muß, kann umso eher verzichtet werden, als in den trefflichen Ausführungen Krasnopolskis (a. a. O., S. 156 bis 161) eine genügende Antwort auf alle einschlägigen, wohl selten praktisch gewordenen Fragen zu finden ist. Bloß die von Krasnopolski aufgestellten Grundsätze sollen hier in Kürze wiedergegeben werden: Alle in Art. 259 aufgezählten Rechtshandlungen sind innerhalb des Konkurses nach § 2 AnfG., außerhalb des Konkurses nach § 29 AnfG. anfechtbar, wenn der Beweis der dem stillen Gesellschafter bekannten Absicht des Inhabers des Handelsgewerbes, seine Gläubiger zu benachteiligen, erbracht wird. Erlaß des Verlustanteiles ist als unentgeltliche Verfügung nach § 3, Z. 1 und § 30, Z. 1 AnfG. anfechtbar. Rückzahlung der Einlage ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses kann, wenn sie vor dem vereinbarten Zeitpunkte erfolgte, unter den Voraussetzungen angefochten werden, unter denen Zahlung einer nicht fälligen Schuld angefochten werden kann. Rückzahlung der fälligen Einlage kann nach § 6 AnfG. (Verletzung des materiellen Konkursanspruches) angefochten werden. Außerdem kann auch die die Fälligkeit bewirkende, außerhalb des Gesellschaftsvertrages liegende Vereinbarung nach § 3, Z. 4 und § 30, Z. 4 AnfG. angefochten werden, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes zu dem Komplementar in dem in diesen Gesetzesstellen bezeichneten Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse steht. Bei Rückzahlung der Einlage über vereinbarte Auflösung der Gesellschaft ist beim Vorliegen des in § 3, Z. 4 AnfG. bezeichneten Verhältnisses gemäß § 3, Z. 4 und § 30, Z. 4 Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses möglich; endlich kann unter Umständen die Vereinbarung der Auflösung im Konkurse nach § 9 AnfG. angefochten werden.[2])

[2]) Für das deutsche Recht bestand infolge der ausdrücklichen Bestimmung des (früheren) § 3 des EinfG. zur KO. kein Zweifel, daß das in Art. 259 gewährte Anfechtungsrecht neben dem Anfechtungsrechte auf Grund der Konkursordnung weiter bestand. Ohne die an-

Digitized by Google

Nach unserer Ansicht wäre eigentlich eine Erläuterung des Art. 259, den wir für aufgehoben erachten, überflüssig; wir können aber mit Rücksicht auf die herrschende Ansicht, welche diesen Artikel als noch in Kraft bestehend ansieht, von einer Erläuterung desselben nicht absehen, bei der wir uns selbstverständlich auf den Standpunkt der von uns nicht geteilten Ansicht stellen müssen, daß Art. 259 durch das Anfechtungsgesetz nicht berührt ist und daß das in diesem Artikel gewährte Anfechtungsrecht den Gläubigern des Komplementars neben dem Anfechtungsrechte auf Grund des Anfechtungsgesetzes zusteht.

§ 1. 1. (Abs. 1.) **Einlagerückzahlung unter Auflösung des Verhältnisses.**

a) Vorausgesetzt ist ein Fall der Auflösung durch Vereinbarung. Es fallen daher nicht darunter die übrigen Auflösungsfälle des Art. 261 (Krasnopolski, W. Z. 15, S. 154). Als Fall der Auflösung durch Vereinbarung aber gilt es auch, wenn der stille Gesellschafter vorzeitig oder nicht gehörig kündigt und der Komplementar die Kündigung annimmt (Hahn, § 4; Puchelt, Anm. 5).

§ 2. b) Vorausgesetzt ist ferner, daß die Vereinbarung der Auflösung in das kritische Jahr fällt. Dieses ist das Jahr vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Komplementars (dabei kommt, wenn eine offene Handelsgesellschaft Komplementarin ist, lediglich ihr Konkurs, nicht der eines Gesellschafters in Betracht; RG. 30, S. 35). Die Vorschrift ist aber nicht anwendbar, wenn die Auflösung vor dem Jahre vereinbart und erst innerhalb des Jahres eingetreten ist (Behrend, § 95, Anm. 9; Thöl, § 112, Anm. 7).

§ 3. c) Die Rückzahlung, welche ferner vorausgesetzt ist, braucht nicht eine wirkliche numeratio zu sein, jede Art der Erfüllung oder auch der Sicherung ist darunter zu verstehen: auch Kompensation, datio in solutum, insbesondere auch die Bestellung einer Hypothek (ROHG. 14, S. 93; RG. 27, S. 18). Auch die Novation fällt darunter: sie löst die alte Verbindlichkeit und benachteiligt die Gläubiger (Canstein I, S. 648; Krasnopolski a. a. O., S. 154). Wenn z. B. das Guthaben des stillen Gesellschafters in ein verzinsliches Darlehen umgewandelt wird, so ist dies für die Gläubiger ein Nachteil, der nur durch Anfechtung beseitigt werden kann. Denn nur durch Anfechtung kann die umgewandelte Forderung zur Tragung eines Verlustanteiles herangezogen werden (P. 4558; Puchelt, Anm. 6; abweichend Behrend, § 95, Anm. 13). Auch wird die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein Exekutionstitel erlangt oder daß die Befriedigung oder Sicherung durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung einer einstweiligen Verfügung bewirkt worden ist. Es ist zwar nicht der § 12 AnfG. hier anwendbar, aber es folgt das gleiche aus der Natur der Sache.

Auch bei teilweiser Rückzahlung tritt die Anfechtung ein (RG. 27, S. 17).

§ 4. d) Vorausgesetzt ist ferner, daß nicht schon der ursprünglich geschlossene Gesellschaftsvertrag der Rechtsgrund der Auflösung oder Rückzahlung ist. Dieses Erfordernis ist zwar vom Gesetze nicht

---

geführte Bestimmung wäre nach Behrends Ansicht (a. a. O.) Art. 259 durch die deutsche Konkursordnung aufgehoben worden. Auch für das derzeit im Deutschen Reiche geltende Handelsrecht ist gesetzlich ausgesprochen, daß das Anfechtungsrecht des § 342 d. HGB., der an Stelle des Art. 259 getreten ist, neben dem Anfechtungsrechte auf Grund der Konkursordnung besteht (vergl. § 342, Abs. 3, d. HGB.).

Digitized by Google

ausdrücklich ausgesprochen, doch ist bei den der Anfechtung unterliegenden Vereinbarungen die bereits bestehende Eigenschaft als Komplementar und stiller Gesellschafter ersichtlich vorausgesetzt. War daher schon im Gesellschaftsvertrage die Auflösung zu dem betreffenden Zeitpunkte vereinbart, so findet der Artikel keine Anwendung, also auch dann nicht, wenn deer Gesellschaftsvertrag innerhalb des Jahres vor der Konkurseröffnung geschlossen ist (vergl. Bolze 2, Nr. 1101; Behrend, § 95, Anm. 9; Cosack, S. 608), auch dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag ein Rücktrittsrecht gab, von welchem im kritischen Jahre Gebrauch gemacht wurde, da auch im letzteren Falle ein von vornherein vertraglich stipuliertes Rücktrittsrecht vorliegt (Canstein I., S. 648; Krasnopolski a. a. O., S. 154).

e) Die Wirkung der Anfechtung ist die Herstellung desjenigen Zustandes, der bestanden hätte, wenn die Rückzahlung nicht erfolgt wäre. Hat der stille Gesellschafter Sachen wiedererhalten, so muß er sie in natura herausgeben, kann er dies nicht, so muß er den Wert ersetzen. Dagegen hat der stille Gesellschafter das Recht, dasjenige Guthaben als Konkursgläubiger geltend zu machen, welches ihm im Augenblicke der Auflösung zugestanden hätte, wenn er die zurückgeforderte Einlage nicht zurückerhalten hätte. Der Augenblick der Auflösung ist der Zeitpunkt der abredegemäß eingetretenen Auflösung. § 5.

2. (Abs. 2.) **Einlagerückzahlung ohne Auflösung des Verhältnisses.** § 6.

a) Die Anwendung des Absatzes setzt voraus, daß das Gesellschaftsverhältnis nicht aufgelöst wurde, daß heißt überhaupt nicht, weder durch Vereinbarung noch auf andere Weise. Ist das Verhältnis zwar nicht durch Vereinbarung, wohl aber auf andere Weise aufgelöst worden, so unterliegt die Rückzahlung der vorliegenden Anfechtung nicht.

b) Das kritische Jahr rechnet auch hier von dem Tage, an welchem die Rückzahlung vereinbart ist (vergl. oben § 5; Behrend, § 95, Anm. 11; Thöl, § 112, Anm. 7 und 8). War sie früher vereinbart, so findet die Anfechtung nicht statt.

c) Der Begriff der Rückzahlung ist der gleiche wie oben § 3.

d) Auch hier darf die Rückzahlung oder Sicherstellung nicht ihren Rechtsgrund in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage haben (vergl. oben § 2 und 4; Behrend, § 95, Anm. 14; Krasnopolski a. a. O., S. 159).

e) Die Wirkung der Anfechtung ist dieselbe wie oben § 5.

3. (Abs. 3.) **Befreiung vom Anteile am Verluste.** Gleichgültig ist es hier, ob das Gesellschaftsverhältnis dabei aufgelöst wird oder nicht, die Vorschrift umfaßt beide Fälle (Behrend, § 95, Anm. 17). Nur von dem Verluste, der entstanden ist, ist die Rede, nicht von dem durch nachträgliche Geschäfte entstehenden (Behrend, § 95, Anm. 16; RG. 31, S. 37, woselbst hieraus gefolgert wird, daß die im Gesellschaftsvertrage stipulierte Verlustbefreiung [sofern sie überhaupt für zulässig erachtet wird] von der Vorschrift nicht getroffen ist). § 7.

4. (Abs. 4.) **Der Einwand, durch welchen die Anfechtung beseitigt wird,** muß von dem stillen Gesellschafter dahin erhoben werden, daß der Ausbruch des Konkurses seine alleinige Ursache in später eingetretenen Umständen hat, z. B. in dem Fehlschlagen einer nachträglich unternommenen Spekulation; der Beweis ist dadurch allein nicht geführt, daß irgendeine

Digitized by Google

schwere Katastrophe, z. B. ein Krieg, die Veranlassung des Konkursausbruches ist. Denn das schließt nicht aus, daß die angefochtene Rückzahlung die mitbestimmende Ursache gewesen ist; die Möglichkeit bleibt offen, daß ohne jede Rückzahlung das Geschäft die Katastrophe überstanden hätte. Noch weniger hat es der hier offen gelassene Einwand mit dem Beweise der bona fides zu tun. Vielmehr handelt es sich um die objektive Sachlage (so auch Krasnopolski a. a. O., S. 15; vergl. über alles dieses ROHG. 14, S. 93). Der Beweis, daß zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung weder eine Überschuldung noch eine Insolvenz vorhanden gewesen ist, wird im allgemeinen genügen, wiewohl das Reichs-Oberhandelsgericht gerade dies verneint (Canstein I., S. 649).

§ 8. Zusatz 1. **Der Erlaß der versprochenen Einlage** ist durch den vorliegenden Paragraphen nur insoweit getroffen, als der Gesichtspunkt des Abs. 3, Befreiung von den Verlusten, platzgreift, das heißt soweit die rückständigen und erlassenen Einlagen zur Deckung von Verlusten hätten verwendet werden sollen (Art. 255, Abs. 2, 258, Abs. 2; Behrend, § 95, Anm. 20; Krasnopolski a. a. O., S. 154; Förtsch, Anm. 4 zu Art. 259; Randa II., S. 43; Denkschrift, S. 176). Im übrigen ist der Erlaß des Einlageversprechens nicht getroffen. Das geht aus der Entstehungsgeschichte des Artikels hervor (der Erlaß war in zweiter Lesung ebenfalls der Anfechtung unterstellt, in dritter Lesung ist dies aber gestrichen worden) und auch aus dem Wortlaute (vergl. Behrend, S. 687). Thöl (§ 112, Anm. 6) wendet ein, daß es widersinnig wäre, zwei gleiche Fälle, Erlaß und Rückzahlung der Einlage, verschieden zu behandeln; es sei ein unannehmbares Resultat, daß, wer die schuldige Einlage nicht zahlt, sie behält, und wer sie eingezahlt und zurückgezahlt erhalten hat, zurückgeben muß. Allein diese scharfe Kritik könnte höchstens den Gesetzgeber treffen. Die Anwendung des Gesetzes muß sich an das halten, was das Gesetz vorgeschrieben hat, und wenn es zwei ähnliche Fälle verschieden behandelt, so ist der Anwender des Gesetzes zu einer gleichen Behandlung nicht berechtigt. Jede Gesetzesanwendung führt in ihren äußersten Spitzen zu Inkonvenienzen und zu verschiedener Behandlung von Fällen, die einander verwandt sind. Mit Recht hält Behrend (§ 95, Anm. 26) Thöl entgegen, daß auch sein Resultat eine verschiedene Behandlung gleichartiger Fälle im Gefolge hat. Denn danach würde derjenige, dem die Einlegung erlassen ist, nach angefochtenem Erlasse gezwungen sein, sie einzuzahlen, und wem die Einlegung nicht erlassen, der brauchte sie nur bis zu dem Verlustbetrage einzuzahlen. Die Erlassung des Einlageversprechens ist jedenfalls nach Maßgabe der Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes anfechtbar (Canstein I., S. 650; vergl. oben in den Vorbemerkungen).

Nicht getroffen ist ferner die Rückzahlung von Gewinn.

Auf Rückzahlung von Gewinn findet aber der Artikel insoweit Anwendung, als der Gesichtspunkt des Abs. 3, Befreiung von Verlusten, platzgreift, das heißt, soweit er zur Deckung vom Verlust hätte verwendet werden sollen (Art. 255, Abs. 2, 258, Abs. 2; Behrend, § 95, Anm. 20; Förtsch, Anm. 4).

§ 9. Zusatz 2. **Die Vorschriften des vorliegenden Artikels sind absoluter Natur.** Eine vertragsmäßige Ausschließung der Anfechtung aus Art. 259 ist unzulässig (RG. 27, S. 19; OLG. Hamburg in GZ. 40, S. 482).

§ 10. Zusatz 3. **Die Geltendmachung der Anfechtung erfolgt durch den Masseverwalter** (R. Pollak, Konkursrecht, S. 358). Auch dies folgt nicht aus der Anwendbarkeit des § 16 AnfG., der sich vielmehr nur auf das im Anfechtungsgesetze enthaltene

Digitized by Google

Anfechtungsrecht bezieht (dagegen Behrend, S. 688 und Puchelt, Anm. 2, die sich hier auf den unserem § 16 AnfG. entsprechenden § 36 des deutschen Konkursordnung berufen). Allein es folgt dies aus der Struktur des hier vorgesehenen Anfechtungsrechtes und der Stellung des Masseverwalters. Es handelt sich hier nicht um ein Recht, welches jeder Gläubiger für sich geltend machen kann, sondern um ein Recht, welches der Gläubigerschaft als solcher zusteht zum Zwecke der Vermehrung der geschädigten Masse. Zur Ausübung solcher Rechte ist der Masseverwalter und dieser allein legitimiert (vergl. R. Pollak, S. 293, und Krasnopolski a. a. O., S. 152).

Zusatz 4. Die Anfechtung ist während der ganzen Dauer des Konkurses statthaft. Die Befristungen des Anfechtungsgesetzes greifen hier nicht Platz (vergl. oben § 10; Cosack, S. 608; Förtsch, Anm. 1; Canstein I., S. 647; Krasnopolski a. a. O., S. 156; anders Behrend, § 95, II. a. E.). Der Anfechtungsanspruch aus Art. 259 unterliegt keiner besonderen Verjährung (Krasnopolski, S. 156). § 11.

Artikel 260.

Ob und inwieweit eine rechtliche Wirkung zu Gunsten dritter Personen eintritt, wenn durch einen stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht wird, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.

Einleitung.

Die **kundgemachte stille Gesellschaft**[1]) ist eine mißlungene und unpraktische Schöpfung (Behrend, § 95, Anm. 27). Der vorliegende Artikel, der dieses Rechtsgebilde behandelt, ist nach mannigfachen Schwankungen zu stande gekommen. In den Beratungen wollte man bald die Tatsache der Kundgebung nicht ohne Wirkung lassen, bald ihr jede Wirkung versagen. Man einigte sich schließlich dahin, daß man nichts Positives bestimmte, sondern es allgemeinen Grundsätzen überließ, welche Wirkung die Kundmachung haben soll (vergl. die Entstehungsgeschichte bei Hahn, §§ 1 bis 10).

1. **Der Begriff der kundgemachten Gesellschaft** ist der, daß der stille Gesellschafter das stille Gesellschaftsverhältnis bekanntgibt oder es geschehen läßt, daß es bekanntgegeben wird. Gemeint ist überall nur die private Kundmachung (durch Zirkulare, Börsenanschläge, mündliche Mitteilungen, Inserate). Das Handelsregister ist der stillen Gesellschaft verschlossen. § 1.
2. **Die allgemeinen Grundsätze**, welche der vorliegende Artikel entscheiden läßt, ergeben in der Tat, daß die Kundmachung der stillen Gesellschaft nicht ohne Bedeutung ist, wenn sie auch, wie bei AdlCl. 81 zutreffend dargelegt wird, nicht gerade ohne weiteres die Solidarhaft des stillen Gesellschafters zur Folge hat. Aus § 1204 ABGB. kann eine solidarische Haftung nicht gefolgert werden. Denn einmal kann das Maß der Haftung des stillen Gesellschafters nach Art. 260 nur aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nicht aus irgendeiner positiven Gesetzesvorschrift abgeleitet werden, da alle nach bisherigem positiven Rechte an die Kundmachung der stillen Gesellschaft geknüpften Folgen, sofern sie nicht auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen, aufgehoben sind (Behrend, S. 690, Note 28). Dann aber ist § 1204 ABGB. auf die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches überhaupt § 2.

[1]) Literatur: Stammler im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 62, Heft 1; Romen, Die Kundmachung der sogenannten stillen Gesellschaft, 1881.

Digitized by Google

nicht anwendbar, da er nicht die private Kundmachung, sondern die Kundmachung durch „Oblatorien" in Auge hat, vergl. Ofner II., S. 120 (über die Unanwendbarkeit des § 1204 ABGB. vergl. insbesondere Randa II., S. 39). Wer der Geschäftswelt mitteilt, daß er sich bei dem Handelsgewerbe eines Kaufmannes als stiller Gesellschafter beteiligt, tut dies normalerweise in der Absicht, die Geschäftswelt solle der pekuniären Leistungsfähigkeit des Komplementars mit Rücksicht hierauf Vertrauen schenken und ihm Kredit gewähren. Er muß sich daher gefallen lassen, daß seine Erklärung in dieser Weise ausgelegt wird (Art. 279), und es kommt nicht darauf an, ob er im Einzelfalle auch wirklich diese Absicht hatte. Andrerseits muß sich jeder Dritte sagen, daß ein bestehendes Gesellschaftsverhältnis gesetzlicher oder vertraglicher Lösung unterliegt; doch muß er sich darauf verlassen können, daß das ihm kundgemachte Verhältnis nicht rechtswidrig gelöst wird.

Nimmt man diese Momente zusammen, so ergibt sich folgendes als Wirkung der Kundmachung: Wer im Vertrauen auf das kundgemachte Verhältnis dem Komplementar Kredit gewährt, dem haftet der stille Gesellschafter dafür, daß er das Rechtsverhältnis nicht rechtswidrig, sondern nur aus gesetzlichen oder vertraglichen Gründen löst (vergl. Lastig bei Endemann I., S. 757). Handelt der stille Gesellschafter dem entgegen, so haftet er demjenigen, der im Vertrauen auf das stille Gesellschaftsverhältnis den Kredit gewährt und dadurch in Verbindung mit der rechtswidrigen Lösung des Verhältnisses zu Schaden gekommen ist, auf Ersatz dieses Schadens; jedoch nur bis zum Betrage seiner Einlage; denn das muß sich jeder sagen, daß er seine Haftung gegenüber dem Komplementar begrenzt hat.

Das ist unseres Erachtens die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebende Folge der Kundmachung der stillen Gesellschaft. Zu weit gehen Thöl (§ 14) und Blaschke-Pitreich (S. 259), wenn sie in jeder solchen Kundmachung ein zu subsidiärer Haftung verpflichtendes Kreditmandat sehen, zu weit auch Behrend (§ 95, Anm. 34), wenn er in der Kundmachung der stillen Gesellschaft verbunden mit der Kundmachung der Höhe der Beteiligung schlechtweg ein Garantieversprechen erblickt, welches eine subsidiäre, das heißt bei Vermögensunzulänglichkeit eintretende Haftung zum Inhalte hat. Eine weit beschränktere Rechtsfolge legt das RG. (31, S. 37) in einem gelegentlichen Ausspruche solcher Kundmachung bei, nämlich dahin, daß der stille Gesellschafter jedenfalls am Verluste teilnehmen soll, auch wenn er, was ja das Reichsgericht für zulässig hält, nach seinem Vertrage vom Verluste befreit ist. Cosack (S. 605) leugnet sogar jede Rechtsfolge, weil, selbst wenn ein Haftungsversprechen darin liegen würde, es an der Akzeptation des Versprechens ermangelte.

Andrerseits kann auch der Ansicht Renaud-Labands (S. 108) und Gareis-Fuchsbergers (S. 574, Anm. 26) nicht beigetreten werden, welche die Möglichkeit der Aufstellung eines allgemeinen Prinzips leugnen und nur die Umstände des Einzelfalles über die Folge der Kundmachung entscheiden lassen wollen.[2])

§ 3. 3. **Das von uns aufgestellte Prinzip ist wie folgt anzuwenden:**

a) Die Kundmachung muß vom stillen Gesellschafter ausgehen oder mit seiner Bewilligung oder Genehmigung erfolgen. Es ist keine ausdrückliche

[2]) Das d. HGB. enthält eine dem Art. 260 entsprechende Bestimmung nicht (vergl. hierüber Löbbert a. a. O., S. 500).

Digitized by Google

Erklärung erforderlich, jedoch eine solche, die einen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, nicht eine bloß gelegentliche gesprächsweise Äußerung (Behrend, § 95, Anm. 30; vergl. oben § 1).

b) Der Gläubiger muß durch die Kundmachung veranlaßt oder wenigstens mitbestimmt worden sein, dem Komplementar zu kreditieren. Wann dies anzunehmen, ist Sache des freien richterlichen Ermessens im Einzelfalle. Handelt es sich aber um die Beweislast, so liegt sie dem Gläubiger ob. Zur Aufstellung einer Vermutung zu seinen Gunsten, daß ihm die Kundmachung, weil öffentlich, bekannt geworden sei, liegt kein Anlaß vor, ebensowenig zur Aufstellung einer Vermutung dahin, daß er durch die bekannt gewordene Publikation zur Kreditierung mitbestimmt worden sei.

c) Nur dann haftet der stille Gesellschafter, wenn er das Verhältnis rechtswidrig löst. Auf vertragsmäßige oder gesetzliche Lösung muß jeder Dritte gefaßt sein. Unter einer vertragsmäßigen Lösung kann aber dem Gläubiger gegenüber nur diejenige verstanden werden, welche auf den zur Zeit der Kundmachung bestehenden Vertragsbedingungen beruht. Andernfalls haftet der stille Gesellschafter bis zur Grenze seiner Einlage (oben § 2). Über die Geltendmachung dieser Haftung sind die gegen den Kommanditisten geltenden Grundsätze analog anzuwenden (vergl. daher § 12 zu Art. 165).

d) Die Lösung des Verhältnisses muß gleichfalls kundgemacht werden, wenn sie nicht aus der Publikation der Vertragsbedingungen sich von selbst ergab. Sonst dauert die Haftung weiter, außer wenn sie dem Dritten bekannt war (Canstein I., S. 651). Eine Ablehnung der Haftung für neue Verbindlichkeiten bei fortbestehender Gesellschaft kann gleichfalls rechtswirksam erklärt werden (Hahn, § 20). Zu weit geht Behrend (§ 95, Anm. 39), wenn er dies für unzulässig erklärt.

e) Für dolus haftet der stille Gesellschafter gewiß. Das ist ein besonderer Rechtsgrund. So z. B. wenn der stille Gesellschafter mit der Absicht, ein vertragsmäßiges Kündigungsrecht auszuüben, noch schnell vor Toresschluß das stille Gesellschaftsverhältnis kundgibt.

Besteht der dolus darin, daß sich jemand fälschlich als stiller Gesellschafter ausgibt, so ist ebenfalls sicher Haftung vorhanden. Doch gehört dieser Fall nicht hieher (vergl. Behrend, § 95, Anm. 33).

Artikel 261.

Die stille Gesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Tod des Inhabers des Handelsgewerbes, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll;

2. durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Inhabers des Handelsgewerbes zur selbständigen Vermögensverwaltung;

3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes oder des stillen Gesellschafters;

4. durch gegenseitige Übereinkunft;

5. durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die stille Gesellschaft eingegangen ist, wenn dieselbe nicht stillschweigend fortgesetzt wird; in diesem Falle gilt der Vertrag von da an als auf unbestimmte Dauer geschlossen;

Digitized by Google

auf unbestimmte Dauer geschlossen ist.

Ein auf Lebenszeit geschlossener Vertrag ist als auf unbestimmte Dauer geschlossen zu betrachten.

Die Aufkündigung eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages muß, wenn nicht ein anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft.

§ 1. I. **Das Gesetz kennt bei der stillen Gesellschaft nur eine Auflösung.** Ein Ausscheiden einzelner Mitglieder oder eine Ausschließung derselben unter Fortbestand der Gesellschaft ist undenkbar, weil die stille Gesellschaft immer nur aus zwei Mitgliedern besteht, dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter (Behrend, § 94, Anm. 2).

§ 2. II. **Wirkung der Auflösung.** Die Auflösung der stillen Gesellschaft hat nicht notwendig das Aufhören des von dem Komplementar betriebenen Handelsgewerbes zur Folge (RG. vom 1. November 1893 in J. W. S. 543), (außer beim Konkurse). Die Auflösung bedeutet nur, daß von ihrem Eintritte ab der stille Gesellschafter aufhört, am Gewinn und Verlust des Handelsgewerbes beteiligt zu sein. Darüber, ob ein vollständiges Aufhören der Gesellschaft eintritt, vergl. § 1 zu Art. 265 und unten § 3.

§ 3. III. **Die gesetzlichen Auflösungsgründe** decken sich im wesentlichen mit den für die Kommanditgesellschaft geltenden (Art. 170, Abs. 2, beziehungsweise 123), nur daß Art. 123, Nr. 1 fortfällt, weil ein Gesellschaftskonkurs hier nicht möglich ist. Denn nach außen ist der Komplementar der Inhaber des Handelsgewerbes.

Es muß aber den im vorliegenden Artikel aufgezählten Auflösungsgründen noch ein aus den Konsequenzen des Gesetzes von selbst sich ergebender Auflösungsgrund hinzugefügt werden: nämlich die Einstellung des Gewerbebetriebes durch den Komplementar. Nach Art. 250 ist eine stille Gesellschaft vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit Gewinn und Verlust beteiligt. Hört daher der andere auf, das Handelsgewerbe zu betreiben, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß die stille Gesellschaft nicht mehr vorhanden ist. Eine Klage auf Fortbetrieb gibt es nicht (§ 4 zu Art. 252). Freilich ist auf diese Weise der Komplementar in der Lage, durch Einstellung des Handelsgewerbes willkürlich die stille Gesellschaft zur Auflösung zu bringen (zust. Canstein I., S. 657; anscheinend dagegen Pollitzer, S. 228). Allein die Konsequenz ist nicht mißlich. Denn wenn der Komplementar hiebei schuldhafterweise oder vertragswidrig handelt, so trifft ihn die Pflicht zum Schadenersatze. Ein schuldhafter Verstoß wird dann nicht angenommen werden können, wenn nach Lage der Sache dem Komplementar nicht zuzumuten ist, das Handelsgewerbe weiter zu betreiben. Auf den allfälligen Schadenersatzanspruch wegen vorzeitiger Auflösung des Verhältnisses ist auch der stille Gesellschafter beschränkt, wenn der Komplementar das Handelsgeschäft verkauft. Auf einen Anteil aus dem Verkaufserlöse hat der stille Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses keinen Anspruch (vergl. die von Staub mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichtes Berlin in der Deutschen Juristenzeitung 1901, S. 51).

Aus dem vorstehenden folgt, daß die Auflösung der als Komplementarin figurierenden Handelsgesellschaft (offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Aktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H.) auch die Auf-

Digitized by Google